

Utvelgelsesprosessen ved nedbemanning

Kandidatnummer:

Høst 2007

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17386 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Rettskilder	2
1.4	Begrepsforklaring	4
1.4.1	Arbeidstakerbegrepet	4
1.4.2	Arbeidsgiverbegrepet	4
1.4.3	Virksomhetsbegrepet	4
1.5	Spesielle metodespørsmål	4
1.6	Oppbygning av oppgaven	5
<u>2</u>	<u>OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV VIRKSOMHETENS FORHOLD</u>	<u>6</u>
2.1	Styringsretten	6
2.2	Stillingsvernet	8
2.2.1	Partenes adgang til å inngå avtaler om omstilling og nedbemanning	12
2.2.2	Betydningen av rettspraksis og domstolenes prøvelsesrett	13
2.3	Saksbehandling	14
2.3.1	Tillitsmannsinstitusjonen	14
2.3.2	Saksbehandling før oppsigelse generelt	16
2.3.3	Spesielle krav når oppsigelsen er begrunnet i forhold på virksomhetssiden	18
2.3.4	Betydningen av unnlatte drøftinger	22
2.4	Forhold hos virksomheten som kan føre til oppsigelser	25
2.4.1	Annet passende arbeid	27
2.4.2	Avveining av partenes interesser	32

2.5	Forhold hos arbeidstakeren som kan legges vekt på ved utvelgelsen	35
2.5.1	Utvelgelseskrets	36
2.6	Utvelgelseskriterier	36
2.6.1	Forhold hos den enkelte arbeidstaker	37
2.6.2	Ansiennitet	38
2.6.3	Arbeidstakers kvalifikasjoner	42
2.6.4	Arbeidstakers egnethet	44
2.6.5	Alder	46
2.6.6	Sosiale og menneskelige forhold	47
2.6.7	Kjønn	49
2.6.8	Virksomhetens øverste leder	49
2.6.9	Prøvetidsansattes stilling	50
2.6.10	Midlertidig ansattes stilling	51
2.6.11	Svangerskap og fødsel	52
2.6.12	Sykdom	53
2.6.13	Militærtjeneste	54
2.6.14	Politiske og religiøse syn	54
2.7	Utvelgelsen	55
<u>LITTERATURLISTE</u>		<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Temaet for denne fremstillingen er nedbemanningssituasjoner. Altså når en arbeidsgiver ønsker å kutte ned på arbeidsstokken. Enten fordi det er nødvendig for at virksomheten i det hele tatt skal overleve, eller fordi arbeidsgiveren ganske enkelt ønsker å kutte ned på utgiftene for å øke driftens lønnsomhet. Problemstillingen jeg vil gjøre rede for, er hvilke krav som kan stilles til utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp, og hvilke krav som eventuelt kan stilles til prosessen som leder frem til denne endelige utvelgelsen. Tanken som ledet frem til dette spørsmålet var hvorvidt man har mulighet for å regulere arbeidsgivers eventuelle ønske om å nyttiggjøre seg vanskelige perioder til å bli kvitt brysomme arbeidstakere, og videre se på hvordan arbeidstakere eventuelt vernes i nedbemanningssituasjoner.

1.2 Avgrensning

I det følgende vil det aktuelle tema være oppsigelse, i motsetning til avskjed. Dette er de to alternative metoder for opphør av arbeidsforhold etter arbeidsmiljølovens kapittel 15. Avskjed kan bare begrunne opphør av arbeidsforholdet som følge av forhold på arbeidstakersiden, jf. aml. § 15-14. Videre vil oppsigelser på grunn av arbeidstakers eget forhold ikke bli behandlet, i motsetning til oppsigelser som har sin bakgrunn i forhold på virksomhetssiden.

Fremstillingen omhandler spesielt nedbemanningssituasjoner i privat sektor. For nedbemanningssituasjoner i staten gjelder i tillegg tjenestemannsloven. For kommunal virksomhet vil arbeidsmiljøloven gjelde, men her kommer også forvaltningsretten inn. De forvaltningsrettslige reglene vil ikke bli behandlet her.

Videre vil fremstillingen ta for seg nedbemanningssituasjoner, og ikke omstillinger i seg selv. Det betyr at omstillingssituasjoner, som typisk innebærer endringer i arbeidstids- eller skiftordninger, ikke er videre interessante med mindre de fører til oppsigelser.

Arbeidsmiljølovens kapittel 13, som omhandler vern mot diskriminering, vil ikke bli behandlet. Selv om diskrimineringsbestemmelsene også gjelder for opphør av arbeidsforhold, jf. aml. § 13-2,1, vil de samme formålene bli ivaretatt av oppsigelsesbestemmelsene. Følgelig vil oppsigelsessituasjonene slik de er behandlet her, komme inn under unntaksbestemmelsen i § 13-3.

Når det gjelder forhold som påvirker effektiviteten av oppsigelsesbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og virkningen av brudd på disse, er dette utelatt for å begrense omfanget av fremstillingen.

1.3 Rettskilder

Arbeidsmiljøloven. Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v., og den tidligere Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven / aml.), inneholder en alminnelig rettslig regulering av arbeidsforhold.

Norsk Rettstidende. Da arbeidsmiljølovens regler ikke er særskilt tilpasset nedbemanningssituasjoner er de videreutviklet av Høyesterett, og følgelig vil dommene på området spille en viktig rolle.

Det foreligger også en rekke avgjørelser fra lagmannsretter og tingretter. Men da dommene fra Høyesterett har en større rettskildemessig betydning og langt på vei omhandler de samme spørsmål, vil fokus legges på disse.¹

Arbeidsretten er en særdomstol som løser tvister innenfor den kollektive arbeidsretten, dvs. om tariffavtalers gyldighet, forståelse eller beståen, jf. arbeidstvistloven §§7 til 9.² Høyesterett legger stor vekt på Arbeidsrettens avgjørelser, jf. Rt. 1995 s. 1.

¹ Fougner 2003 s.30

² Fougner 2003 s.30

Tariffavtaler defineres i arbeidstvistloven § 1 nr. 8 som en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold. Tariffavtaler regulerer de vesentligste betingelsene i svært mange arbeidsforhold. Tariffavtalen har dessuten overordnede normer som individuelle avtaler må holde seg innenfor. Det har blitt mer vanlig at tariffavtalene også stiller opp tvingende normer for arbeidsgivers spillerom ved omstilling og nedbemanning. Det er ikke uvanlig at tariffavtalen gir detaljerte regler om arbeidsgivers plikt til å samarbeide med de tillitsvalgte. Det er også ofte gitt kriterier for valg av hvilke arbeidstakere som skal sies opp ved nedbemanning. Disse reglene kommer altså i tillegg til lovgivning og rettspraksis.³ I mange situasjoner vil tariffavtalens regler om informasjon og drøftelser utgjøre et supplement til arbeidsmiljølovens saksbehandlingsregler

Hovedavtalen 2006-2009 LO-NHO (hovedavtalen / Ha.). Denne avtalen er opprettet mellom LO og NHO, og inngår som første del av alle tariffavtaler som de organisasjoner tilsluttet LO eller NHO oppretter seg imellom.⁴

Omstillingsavtaler inngås i en del tilfeller mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte. Enten som generelle retningslinjer for en mulig nedbemanningssituasjon, eller med tanke på en konkret forestående nedbemanningsprosess.⁵ Slike avtaler vil normalt inneholde regler som etablerer plikter og rettigheter for arbeidsgiver og for arbeidstakerne og deres tillitsvalgte i forbindelse med prosessen, f.eks. om kriterier for utvelgelse av ansatte ved oppsigelse.⁶

De individuelle arbeidsavtalene, eller andre avtalerettslige tilsagn, kan også inneholde bestemmelser med betydning for nedbemanningssituasjoner.⁷

Når det gjelder *ulovfestet rett* med betydning for vurderingen av arbeidsgivers disposisjoner, er særlig styringsretten og skrankene for utøvelsen av denne av interesse.⁸

³ Fougner 2003 s. 31

⁴ Jakhelln 2005 s. 77

⁵ Fougner 2003 s. 47

⁶ Fougner 2003 s. 47

⁷ Fougner 2003 s. 31

1.4 Begrepsforklaring

1.4.1 Arbeidstakerbegrepet

Arbeidstakerbegrepet har følgende definisjon i aml. § 1-8,1: *”Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”*.

1.4.2 Arbeidsgiverbegrepet

Arbeidsgiverbegrepet har følgende definisjon i aml. § 1-8,2: *”Med arbeidsgiver mener i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.”*

1.4.3 Virksomhetsbegrepet

Virksomhetsbegrepet favner vidt. Det er ikke avgjørende om en aktivitet drives med et økonomisk formål eller ikke, for om den skal klassifiseres som virksomhet. Men aktiviteten må ha en viss varighet og fasthet, og en rimelig fast organisasjon. Mer tilfeldige, ubetydelige eller forbigående tilknytningsforhold passer således ikke inn under virksomhetsbegrepet.⁹

1.5 Spesielle metodespørsmål

I denne fremstillingen henvises det til dommer og forarbeider som bygger på tre ulike lover på arbeidsrettens området. Her er det snakk om lover som har virket etter hverandre i tid. Spørsmål om hvilken vekt man kan tillegge eldre dommer og forarbeider når man i dag

⁸ Fougner 2003 s. 31

⁹ Fanebust 2000 s. 12

står ovenfor en aktuell situasjon kan oppstå. Denne vurderingen vil hovedsakelig bli aktuell i forhold til arbeidsmiljølovens krav om saklighet ved oppsigelser.

Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 følger det at man ved den nye loven ikke ønsket å forandre det allerede eksisterende saklighetskriteriet bortsett fra det som følger av paragrafens nr. 2 og 3.¹⁰ Om § 15-7 i arbeidsmiljøloven av 2005 står det i forarbeidene: ”Bestemmelsen viderefører gjeldene regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven §60”.¹¹

I den videre fremstillingen vil dommer og forarbeider med betydning for saklighetsvurderingen, som bygger på eldre lovgivning bli brukt uten at dette kommenteres ytterligere.

1.6 Oppbygning av oppgaven

Videre i fremstillingen vil jeg ta for meg de enkelte elementene som vil være sentrale ved en nedbemanningsprosess. Først vil jeg ta for meg sentrale begreper som styringsretten og stillingsvernet. Under behandlingen av stillingsvernet vil jeg også behandle partenes muligheter for å inngå avtaler ved en nedbemanningssituasjon. Betydningen av rettspraksis og grunnlaget for rettspraksis, nemlig domstolenes adgang til å prøve disse sakene vil også bli behandlet her. Videre følger en fremstilling om saksbehandlingsreglene, som også tar for seg tillitsmannsinstitusjonen, før jeg ser på forhold hos så vel arbeidsgiver som arbeidstaker med betydning i forhold til hvem som kan sies opp. Under behandlingen av relevante forhold på arbeidstakersiden er den delen av fremstillingen som omhandler utvelgelseskriteriene løftet ett nivå opp i forhold til sin logiske plassering, dette fordi kriteriene samlet sett utgjør en relativt stor del av fremstillingen. Etter fremstillingen av utvelgelseskriteriene vil jeg kort si noe samlet om selve utvelgelsen.

¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

2 Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold

Det er altså oppsigelser på grunn av forhold på bedriftens side som her skal behandles. Når man i en omstillingsprosess kommer til at oppsigelser er nødvendig, vil dette typisk være begrunnet i virksomhetens behov for rasjonalisering eller driftsinnskrenkninger. Men forhold på arbeidstakersiden vil få betydning for utvelgelsesprosessen. For å sikre at man får kartlagt de relevante forhold, stilles det krav til saksbehandlingen. For arbeidsgiveren er det viktig at bedriften etter omstillingen har beholdt en organisasjon som kan sikre forsvarlig drift videre. For å sikre dette må man i prosessen ikke bare legge vekt på arbeidstakerens formelle kompetanse og kvalifikasjoner, men også personlig egnethet. Også andre personlige forhold vil kunne virke inn på prosessen. Følgelig vil altså arbeidstakernes personlige forhold spille inn selv når utgangspunktet er begrunnet i virksomhetens forhold.¹²

2.1 Styringsretten

Styringsretten er arbeidsgiverens rett til å organisere, lede, fordele og kontrollere det daglige arbeidet.¹³ Men også retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør innenfor rammen som de arbeidsrettlige regler trekker opp er en del av arbeidsgivers styringsrett.¹⁴ Videre vil også valget mellom en eventuell nedleggelse eller fortsatt drift høre til bedriftseiernes styringsfunksjoner.¹⁵

Rettslig grunnlag for styringsretten finnes hverken i lov eller tariffavtale. Styringsretten bygger på et sedvanerettslig grunnlag og er et resultat av eierskap til produksjonsmidlene.¹⁶ Det er i følge Rt. 1977 s. 902, s.914, en forutsetning for tariffavtaler generelt at arbeidsgiver har styringsretten. Lovgivning, rettspraksis og avtaleverk på

¹² Fougner 2003 s. 192

¹³ Rt. 2000 s. 1602

¹⁴ Jakhelln 2005 s. 20

¹⁵ Rt. 1989 s. 508

¹⁶ Fougner 2003 s. 65

arbeidslivets område har fra begynnelsen av forrige århundre generelt bygget på at det er arbeidsgiver som har styringsretten i arbeidsforhold med mindre noe annet følger av bestemmelser i lov, tariffavtale eller arbeidsavtale.¹⁷

Det er i Rt. 2001 s. 418, s. 427, lagt til grunn at det må stilles visse krav til saklighet og forsvarlig saksbehandling, slik at styringsretten begrenses av mer allmenne saklighetsnormer. I forlengelsen av dette presiseres det i dommen at avgjørelsen må ha et forsvarlig grunnlag, og den må ikke være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Videre blir virksomhetens karakter tillagt betydning, slik at rammene for styringsretten vil bli videre i en virksomhet med en dynamisk karakter enn i en virksomhet hvor endringene er mindre og forekommer sjeldnere.

Arbeidsavtalen er utgangspunktet for arbeidsgivers styringsrett.¹⁸ Siden arbeidsavtalen danner grunnlaget for styringsretten, er rammen allerede i utgangspunktet begrenset. I arbeidsretten som ellers er utgangspunktet at avtaler skal holdes, og eventuelle uberettigede endringer vil være kontraktsbrudd som arbeidstakerne kan forfølge ved domstolene med krav om gjenopprettelse av avtalte vilkår og krav om erstatning for økonomisk tap endringene har medført.¹⁹ Styringsretten kan altså ikke anføres som grunnlag for å gripe regulerende inn i forhold til arbeidstaker, hvis dette ikke er berettiget og nødvendig på grunn av det kontraktsforhold arbeidsforholdet skaper mellom partene.²⁰ Videre kan det tilføyes at arbeidsavtalen i denne sammenheng utgjør noe mer enn selve avtaledokumentet. I Rt. 2000 s. 1602, legger retten vekt på at man ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalen blant annet må legge vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og mer generelt hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.

Etter dette fremstår styringsretten som en *restkompetanse*. Styringsretten er altså et ulovfestet rettsgrunnlag for arbeidsgivers avgjørelser, som begrenses av andre rettslige

¹⁷ Fougner 2003 s. 66, Rt. 1989 s. 508

¹⁸ Aagaard 2006 s. 415

¹⁹ Fougner 2003 s. 66

²⁰ Fanebust 2002 s. 109

normer som lovbestemmelser, tariffavtale, individuell avtale og etablert fast praksis i arbeidsforholdet. I tillegg til disse materielle begrensningene, begrenses styringsretten av mer allmenne saklighetsnormer.²¹ Et eksempel på det siste har vi altså i Rt. 2001 s. 418.

I Forarbeidene til Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 uttales det i forbindelse med styringsrettens grenser, at dersom ikke arbeidsavtalen er klar vil den såkalte *grunnpregsstandard* gjelde. I dette ligger det at arbeidsgiveren ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg. Spørsmålet blir om en eventuell endring av arbeidsforholdet ligger innenfor arbeidsavtalen. En ensidig endring av arbeidet kan innebære et mislighold av arbeidskontrakten.²²

Arbeidstakernes stillingsvern, som behandles nedenfor, er en kraftig begrensning i arbeidsgivers styringsrett. I tillegg begrenses styringsretten av styrets selskapsrettslige ansvar for å sikre forsvarlig drift.

2.2 Stillingsvernet

Når en virksomhet i en omstillingsprosess kommer til at nedbemanning er nødvendig, vil dette innebære opphør av enkelte ansettelsesforhold. For at oppsigelser skal komme til anvendelse må man videre ha og gjøre med en tidsubegrenset arbeidsavtale, eller med en ikke fullført tidsbegrenset arbeidsavtale. Men det er ikke alltid oppsigelser trenger å benyttes, da opphøret kan tenkes å skje ved for eksempel frivillig fratredelse, naturlig avgang, førtidspensjonering eller permitteringer. Man kan også godt tenke seg at arbeidsstokken kan kuttes ned uten at man er avhengige av at arbeidsforhold opphører. Eksempler på det siste kan være at virksomheten avvikler bruk av innleid arbeidskraft, at bedriften leier ut arbeidskraft eller at virksomheten avvikler bruk av selvstendige oppdragsmottakere. Men i en del tilfeller blir det nødvendig å benytte seg av oppsigelser. For at arbeidsgiver skal kunne benytte seg av oppsigelser, kreves gode grunner. Hvorvidt det ønskede grunnlag er godt nok, reguleres av arbeidsmiljølovens regler.²³ Kjernen i

²¹ Rettsdata om aml. § 15-7

²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 251

²³ Fougner 2003 s. 191

stillingsvernet, eller oppsigelsesvernet som det også omtales som, er ønsket om trygge ansettelsesforhold.

Den sentrale bestemmelse om stillingsvernet er arbeidsmiljøloven § 15-7 om ”vern mot usaklig oppsigelse”. Denne bestemmelsens første ledd lyder: ”Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”. Ved nedbemanning er det oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold man typisk står ovenfor, i motsetning til oppsigelser fra arbeidstakeren. Til sammen utgjør disse de to hovedformene for oppsigelse, da oppsigelser på grunn av forhold på arbeidsgiversiden ikke er praktisk i dag.²⁴

For at et forhold hos arbeidsgiveren eventuelt skal kunne tas i betraktning som saklig grunnlag for oppsigelse, må forholdene være av tilstrekkelig klar og direkte betydning for bedriften. Man kan si at et visst minstekrav til identitet mellom bedrift og bedriftsinnehaver må foreligge. Dette kan vanligvis vanskelig påvises i annet enn små og personlig eide og ledede bedrifter. Her kan personlige forhold hos bedriftsinnehaveren ha direkte betydning for virksomheten.²⁵ Eksempler på relevante forhold kan være sykdom og økonomiske problemer. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes NAD 1981-83.300 Stavanger, hvor en eldre innehaver av en liten slakteriforretning ble rammet av hjerneblødning og solgte virksomheten. Den nye eieren hadde ikke bruk for to av de ansatte, og disse ble sagt opp. Oppsigelsene ble ikke kjent ugyldige og retten la til grunn ”de spesielle forhold som inntrådte da innehaveren ble rammet av individualiserende sykdom, og som gjorde en avvikling av virksomheten uomgjengelig nødvendig”.

Virksomhetens forhold vil være avgjørende dersom forhold på bedriftssiden gir direkte foranledning til oppsigelse, for eksempel på grunn av rasjonalisering. Her kommer arbeidstakers eget forhold kun i betraktning ved utvelgelsen. Dersom endringer på virksomhetssiden fører til at arbeidstakerens stilling ikke lenger består, kan man altså stå ovenfor et tilfelle med saklig grunn for oppsigelse. Men det er ingen forutsetning at den stillingen vedkommende sitter i ikke lenger eksisterer, jf. pkt. 2.4. Som den videre

²⁴ Fanebust 2000 s. 103

²⁵ Fanebust 2000 s. 103-104.

fremstillingen vil vise, vil utvelgelsen av hvem som kan sies opp fremkomme av en utvelgelsesprosess hvor den enkelte arbeidstaker også skal vurderes konkret.

Arbeidsmiljølovens § 15-7 gir anvisning på en skjønnsmessig avveining mellom partenes behov. Terskelen for å si opp ansatte er høy. Og gjennom rettspraksis, juridisk teori og forarbeider, ser man at man står ovenfor en rettslig standard, i form av kravet om saklighet, som har utviklet seg i retning av å legge stadig større vekt på rimelighetshensyn i forhold til den oppsagte arbeidstakeren. I Rt. 1966 s. 393 kommer urimeligheten inn som et eget moment ved den samlede saklighetsvurderingen. Urimeeligheten i dette tilfellet bestod på den ene siden av at arbeidstakeren var den av funksjonærene med lengst ansiennitet, hadde forsørgelsesbyrde og var syk, og på den andre siden av at arbeidsgiveren kunne tilbudt han en mindre attraktiv stilling uten at dette ville redusere rasjonaliseringens effektivitet eller påføre bedriften økte utgifter av betydning. I Rt. 1972 s. 1330 ble det også lagt vekt på at arbeidsgiveren kunne funnet en annen løsning enn oppsigelse uten vesentlig ulempe for bedriften.

Av forarbeidene til Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 § 60 følger det at saklighetskriteriets innhold ikke er statisk men at det gjennom rettspraksis er tydelig at man står ovenfor en rettslig standard, selv om dette ikke omtales som rettslig standard i forarbeidene. Forarbeidene oppsummerer de siste førti år med blant annet at rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte har kommet sterkere inn i bildet, og at det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser ovenfor arbeidstakerne. Det understrekes, i tråd med formålsparagrafen (nå aml. § 1-1), at saklighetskriteriet må følge den sosiale utviklingen i samfunnet ellers, og at domstolene må være varsomme med å legge eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn.²⁶

Kravet til *saklig* grunn innebærer at en oppsigelse ikke må være begrunnet med utenforliggende eller usaklige hensyn. Noen momenter kan ikke trekkes inn i saklighetsvurderingen overhodet, de er utenforliggende. Men selv om et moment i seg selv er saklig nok må arbeidsgivers saklige grunn være *tilstrekkelig*, jf. aml. § 15-7,2,2 som krever en avveining mellom partenes interesser. Se pkt. 2.4.2. Og for det tredje må

²⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

arbeidsgiver bygge på et *korrekt faktisk grunnlag*,²⁷ som følgelig får en direkte tilknytning til drøftelsesreglene under pkt. 2,3 som tar sikte på å kartlegge dette tilstrekkelig.

Står man ovenfor en oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, må den for å være saklig for det første komme etter en vurdering av mindre drastiske løsninger og da først og fremst muligheten for omplassering til annet passende arbeid. Jf. aml. § 15-7,2,1, som behandles under pkt. 2.4.1. For det andre må utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som sies opp være saklig. Saklighetskravet inneholder et saksbehandlingselement, da tvil om hvorvidt saksbehandlingen har vært tilfredsstillende lett vil tale mot at oppsigelsen har saklig grunn.²⁸ Saksbehandlingsregler følger ellers av særlige regler i arbeidsmiljøloven (§§ 15-1, 15-2) og i tariffavtale. Se pkt. 2.3 under om saksbehandling.

Kravet om saklighet forutsetter som nevnt over at mindre drastiske tiltak enn oppsigelser vurderes generelt. Arbeidsgiver bør derfor vurdere om den ønskede virkning kan oppnås på andre måter enn å ty til oppsigelser, eller om omfanget av oppsigelsene kan reduseres i kombinasjon med andre typer tiltak. Uavhengig av hva en slik vurdering vil komme frem til, bør bedriften sørge for å dokumentere slike vurderinger og eventuelt andre tiltak som er iverksatt for å kunne vise at saklighetskravet er fulgt opp.²⁹

Når man skal ta stilling til hvorvidt saklig grunn foreligger, må utgangspunktet for vurderingen være forholdene på oppsigelsestiden. Senere inntrufne forhold kan ikke ved en eventuell domstolsbehandling påberopes til skade for arbeidstakeren. Men slike forhold kan påberopes for å underbygge bedriftens antakelser og dermed få betydning ved en samlet vurdering.³⁰ Dersom bedriften senere har fått bedre økonomi vil heller ikke dette påvirke saklighetsvurderingen, da det fortsatt er forholdene på oppsigelsestiden som skal legges til grunn ved vurderingen.³¹

²⁷ Rettsdata om 15-7, note 571

²⁸ Fanebust 2000 s. 77

²⁹ Fougner 2003 s. 230

³⁰ Fanebust 2002 s. 226

³¹ Fanebust 2000 s. 57

Oppsigelsesvernet omfatter alle arbeidstakere, uavhengig av over- eller underordningsforhold, og uavhengig om man er heltids- eller deltidsansatt. Jf. arbeidsmiljøloven § 1-2,1 jf. § 1-8,1.³² Det stilles imidlertid strengere krav til lederes prestasjoner, slik at det kan hevdes at disse har et svakere oppsigelsesvern. Se om virksomhetens øverste leder nedenfor under pkt. 2.6.8.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 inneholder ikke regler om hverken fremgangsmåte eller utvelgelsen av overtallige arbeidstakere, og den eneste særregelen arbeidsmiljøloven har i disse situasjonene er regelen i § 15-2 om informasjon og drøfting ved masseoppsigelser.

Tariffavtalene kan også inneholde regler om stillingsvernet. F.eks. Hovedavtalen mellom LO og NHO § 6-11 kan gi tillitsvalgte et utvidet stillingsvern. Etter denne bestemmelsen skal man i tillegg til saklighetskravet ved oppsigelser ta hensyn til den spesielle stillingen de tillitsvalgte har i bedriften. Hvorvidt dette vil gi noe sterkere vern enn det ordinære stillingsvernet fremstår for meg som usikkert. Da nettopp det at en arbeidstaker er tillitsvalgt vel vil komme inn som et relevant moment ved den alminnelige saklighetsvurderingen.

2.2.1 Partenes adgang til å inngå avtaler om omstilling og nedbemanning

Reglene om fravikelighet i aml. § 1-9 forbyr i utgangspunktet fravikelse fra loven til ugunst for arbeidstaker. Men denne bestemmelsen er ikke til hinder for at partene i en aktuell oppsigelsessak, i motsetning til forhåndsavtaler, inngår avtaler der arbeidstakerne gir avkall på sine rettigheter.³³ Se også under pkt. 2.6.8 om virksomhetens øverste leder.

Domstolene kan altså ikke legge til grunn en forhåndsavtale som er i strid med arbeidsmiljølovens regler, dersom denne er til ugunst for arbeidstaker. Men selv om arbeidsmiljøloven i utgangspunktet er ufravikelig, kan man altså i forbindelse med en aktuell oppsigelse fravike loven ved avtale. Etter at oppsigelse har funnet sted, kan arbeidstakeren imidlertid fraskrive seg det vern loven gir i oppsigelsessituasjonen.³⁴ Når

³² Fougner 2003 s. 192

³³ Aagaard 2006 s. 247

³⁴ Fougner 2003 s. 38

det gjelder slike avtalers betydning i forhold til arbeidsmiljølovens ellers ufravikelige regler, er Rt. 2001 s. 71 illustrerende. I saken var det ikke omtvistet at bedriften kunne si opp ansatte, men spørsmålet var om utvelgelsen av de som skulle sies opp var saklig. Utvelgelsen ble gjennomført etter en ansiennitetsavtale inngått mellom bedriften og de tillitsvalgte, og førstvoterende påpeker at det ”i prinsippet må foretas kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler” og videre at ”det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”. Selv om partene ikke kunne binde domstolene gjennom å inngå en slik avtale, var partenenes enighet et viktig moment i vurderingen av oppsigelsenes saklighet. Videre kan nevnes at avtaler som er utenfor virkeområdet for arbeidsmiljølovens ufravikelige regler, i utgangspunktet legges til grunn av domstolene. På slike avtaler får alminnelige avtalerettslige regler anvendelse.

2.2.2 Betydningen av rettspraksis og domstolenes prøvelsesrett

Når det gjelder dommer som omhandler oppsigelser, er det grunn til å påpeke at grunnlaget i de enkelte saker ofte er forskjellige. Følgelig må en være forsiktig med å tillegge resultatet i en dom stor betydning i en annen konkret sak. Men rettens generelle uttalelser, og da spesielt fra Høyesterett, om hvordan rettsspørsmål skal løses kan være relevante.³⁵ Man må altså være oppmerksom på å skille mellom hvordan retten behandler den spesielle saken, og hvordan de behandler saklighetskriteriet mer spesielt.

Det har ikke vært full enighet om hvor langt domstolene kan gå når det gjelder å sette til side en oppsigelse fordi den ikke har tilstrekkelig saklig grunn. Domstolene kan prøve om en oppsigelse er basert på et fullstendig og riktig faktisk grunnlag og om den er resultat av en tilfredsstillende saksbehandling. Dersom dette ikke skulle være tilfelle kan oppsigelsen settes til side.³⁶

³⁵ Aagaard 2006 s. 256

³⁶ Fanebust 2000 s. 386

Om domstolenes prøvingsrett i saker om sakligheten av en oppsigelse sies det i Rt. 1984 s. 1058, s. 1067, om aml. § 60 nr 1 (nå aml. § 15-7,1) følgende: *”Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.”*

Og om prøvelse av oppsigelser i saker hvor flere er oppsagt uttales det i Rt. 1989 s. 508, s. 513: *”Domstolprøvingen knytter seg til den enkelte oppsigelse, slik at det i prinsippet skjer en individuell vurdering for hver enkelt oppsagt.”*

2.3 Saksbehandling

Som nevnt tidligere stilles det spesielle krav til saksbehandlingen forut for en oppsigelse, og da spesielt for at man vil sikre at alle de relevante forhold som kan være med å påvirke oppsigelsessituasjonen og saklighetsvurderingen kommer frem. I det følgende vil jeg se på tillitsmannsinstitusjonen som er sentral ved denne delen av prosessen, hvilke krav som stilles til saksbehandling og til sist under dette punktet vil jeg se på følgene av mangelfull saksbehandling.

2.3.1 Tillitsmannsinstitusjonen

Tariffavtalene inneholder vanligvis en rekke saksbehandlingsregler som må følges i forbindelse med nedbemanningsprosesser, og da særlig regler om informasjon til og drøftelser med de tillitsvalgte. Formålet med drøftelsesplikten er at de tillitsvalgte skal kunne få gi uttrykk for sitt syn og gis mulighet til reell påvirkning av prosessen før bedriftsledelsen avgjør hva som skal foretas.³⁷

³⁷ Fougner 2003 s. 52 og 53

Fundamentet for tillitsmannsordningen er Hovedavtalen mellom LO og NHO kapittel V for private arbeidsforhold.³⁸ De tillitsvalgtes rolle i oppsigelsessaker kommer blant annet til uttrykk i Ha. § 9-4 siste del om drøftelser vedrørende blant annet sysselsettingsspørsmål som inkluderer planer om innskrenkninger, Ha. § 9-6 om drøftelse med og informasjon til de tillitsvalgte og Ha. §10-2 om drøftelser før bla oppsigelse. De tillitsvalgtes rolle bekreftes også gjennom ulike bestemmelser i arbeidsmiljøloven, blant annet gjennom drøftingsbestemmelsene i §§ 15-1 og 15-2.

Når det gjelder hvilke tillitsvalgte bedriftsledelsen skal forholde seg til i forbindelse med informasjon og drøftelser, vil dette vanligvis være regulert i tariffavtalen. Se for eksempel Ha. §§ 5-4 og 5-6.

Ved eventuell etterfølgende prøving av sakligheten ved en oppsigelse, vil det normalt tillegges stor vekt at de ansattes representanter har vært enige i utvelgelsen, og det mest praktiske vil være at arbeidsgiver møter disse etter at de individuelle drøftinger er gjennomført.³⁹ Det vil også være et moment som taler for saklighet at de tillitsvalgte har blitt koplet inn i prosessen før avgjørelse har blitt tatt, uavhengig om de har vært enige eller ikke.⁴⁰ Det bør ikke ukritisk legges vekt kun på at de tillitsvalgte er koplet inn, men derimot må man se på om de reelt har engasjert seg.⁴¹ Dette omtales ofte som at det har blitt foretatt reelle drøftinger.

Står man ovenfor omfattende omlegging, vil det være tilstrekkelig at drøftingene skjer gjennom de tillitsvalgte. Og altså ikke nødvendigvis med den enkelte ansatte. Jf. aml. § 15-1 ”så langt det er praktisk mulig”. Dette er forutsatt i Ha. § 9-4 sammenholdt med § 10-2. Men en slik behandling er ingen garanti for at man er innenfor det som kreves av saklighet etter aml. § 15-7. Det avgjørende må her være om det er valgt en fremgangsmåte som gir en tilstrekkelig garanti for at den enkelte arbeidstakers interesser blir ivaretatt på en

³⁸ Fanebust 2002 s. 113

³⁹ Fougner 2003 s. 280

⁴⁰ Fanebust 2000 s. 79

⁴¹ Fanebust 2000 s. 79

tilfredsstillende måte.⁴² For at en slik kontakt med de tillitsvalgte skal være et fullgodt alternativ til direkte kontakt med de enkelte arbeidstakerne, må forutsetningen være at de tillitsvalgte har fått all nødvendig informasjon.⁴³ Mer detaljert om dette i punktene under.

Hvor langt plikten til å foreta drøftinger med de tillitsvalgte går vil variere fra tilfelle til tilfelle. Men yterpunktene illustreres i RG 1989.1113 Frostating og NAD 1987.988 Stavanger. I den førstenevnte dommen ble oppsigelsene underkjent da de ansatte ikke hadde fått bistand gjennom deres tillitsvalgte. Og i den andre dommen ble oppsigelsene underkjent da utvelgelsen helt var overlatt til de ansatte.⁴⁴

2.3.2 Saksbehandling før oppsigelse generelt

Informasjons- og drøftelsesplikten skal sikre en grundig og veloverveid beslutning, både i forhold til saklighetsvurderingen og interesseavveiningen.⁴⁵ I arbeidsmiljøloven § 15-1 heter det: *”Før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig drøftes med arbeidstaker og med arbeidstakers tillitsvalgte, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det”*. Dette utgangspunktet danner et viktig grunnlag for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7,2.

Bakgrunnen for lovfestingen av aml. § 57 nr 1, nå § 15-1, er etter Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 182, at det er *”viktig for at arbeidsgiveren skulle kunne foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven”*. Slike samtaler med den enkelte arbeidstaker er ofte nødvendig for å få kartlagt forhold som kvalifikasjoner, skikkethet for annet arbeid, forhold med betydning for interesseavveiningen, sosiale forhold osv. Se mer om de enkelte under pkt. 2.4 og 2.6.

⁴² Fanebust 2000 s. 144

⁴³ Fanebust 2000 s. 145

⁴⁴ Fanebust 2000 s. 170

⁴⁵ Fougner 2003 s. 233

Formål med drøftelsesreglene er først og fremst å forberede arbeidstakeren, gi denne mulighet for uttalelse før endelig beslutning fattes og altså sikre at arbeidsgivers grunnlag for saklighetsvurderingen er best mulig.⁴⁶

Forbeholdet om ”så langt det er praktisk mulig” må i utgangspunktet tolkes strengt. Men i en konkret nedbemanningssituasjon kan det tenkes at individuelle drøftinger ikke er praktisk mulig. I så fall må hensynet til arbeidstakerne blir ivaretatt på en annen måte.⁴⁷ Den mest praktiske måten ivareta hensynet til de ansatte på i slike situasjoner, vil typisk være og drøfte situasjonen med de ansattes tillitsvalgte. Og da uavhengig om man står ovenfor en *masseoppsigelsessituasjon*, behandles under, eller ikke.

Arbeidstakeren kan, som det fremgår av ordlyden, selv velge hvorvidt han ønsker å la seg bistå av tillitsvalgte.

Det presiseres i forarbeidene at kravet om drøftelser er en ordensforskrift. Unnlattelse av drøftelser vil ikke i seg selv medføre at oppsigelsen er ugyldig. Men i en konkret sak, vil en slik mangelfull saksbehandling være ett av flere momenter ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet.⁴⁸

Drøftelsene etter aml. §15-1 må foretas før beslutning treffes, og de skal være reelle. Avgjørelsen skal altså ikke være tatt på forhånd slik at møte blir et rent informasjonsmøte.⁴⁹ Det er også viktig at det under slike møter blir tatt opp med arbeidstakeren dersom dennes personlige forhold, slik som f.eks. samarbeidsvansker, er en aktuell begrunnelse for at denne kan bli sagt opp etter en utvelgelsesprosess. Dersom slike forhold ikke blir tatt opp under møtet, kan det få betydning for saklighetsvurderingen i ettertid.⁵⁰

I Ha. § 10-2 finner man en bestemmelse som i hovedsak samsvarer med arbeidsmiljølovens bestemmelser. Ha. § 10-2 har overskriften ”*Drøftelse før oppsigelse*

⁴⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁴⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁴⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183

⁴⁹ Fougner 2003 s. 277

⁵⁰ Fougner 2003 s. 278

eller avskjed” og lyder som følger: ”Før arbeidsgiver beslutter å si opp eller avskjedige arbeidstaker, skal saken hvis praktisk mulig drøftes med arbeidstakeren og med den tillitsvalgte med mindre arbeidstakeren ikke ønsker det. Oppsigelse i forbindelse med innskrenkninger skal under enhver omstendighet drøftes med de tillitsvalgte, jfr. § 9-4.”

Arbeidsmiljølovens § 15-1 kommer eventuelt inn etter § 15-2, som behandles under pkt. 2.3.3, dersom man har å gjøre med en masseoppsigelse.⁵¹

Hvordan også saksbehandlingsreglene kan sies å legge begrensninger på arbeidsgivers styringsrett, kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1989 s. 508, s. 513: *”I prinsippet hører det til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedleggelse eller fortsatt drift. Men bedriftseieren må følge den fremgangsmåte som er fastsatt i lov- og avtaleverk for å sikre at også de ansatte - som slike vedtak i høyeste grad vedkommer – får anledning til å gjøre sine synspunkter gjeldende.”*

2.3.3 Spesielle krav når oppsigelsen er begrunnet i forhold på virksomhetssiden

Til forskjell fra § 15-1, gir de følgende bestemmelsene rettigheter til representanter for de ansatte, og ikke til den enkelte arbeidstaker. Og i likhet med aml. § 15-1, er også formålet med følgende regler å belyse saken best mulig før beslutning om oppsigelse eventuelt treffes, for å danne et så komplett som mulig grunnlag for saklighetsvurderingen.⁵² Og en eventuell mangelfull saksbehandling kan også her inngå som et relevant moment ved en saklighetsvurdering, uten at det automatisk fører til at oppsigelsen er ugyldig.⁵³

Arbeidsmiljølovens § 15-2 stiller spesielle krav til saksbehandlingen ved nedbemanning på grunn av forhold på arbeidsgiversiden. Bestemmelsen bruker uttrykket *masseoppsigelser*, for nærmere definisjon av dette uttrykket se bestemmelsens første ledd.

Det sentrale ved bestemmelsen er i vår sammenheng andre ledd, første setning: *”Arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelser, skal så tidlig som mulig innlede*

⁵¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁵² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁵³ Aagaard 2006 s. 249

drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte med sikte på å komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte”.

Som nevnt i pkt. 2.3.2, vil aml. § 15-2 komme inn før de individuelle samtaler med de enkelte arbeidstakere er gjennomført etter aml. § 15-1. Disse bestemmelsene kan i utgangspunktet ikke erstatte hverandre.⁵⁴ Men som nevnt over kan det tenkes at individuelle drøftelser vanskelig lar seg gjennomføre, og da kan drøftelser etter § 15-2 tenkes å være et tilfredsstillende alternativ.

Når det gjelder innholdet i drøftelsene gir forarbeidene til bestemmelsen veiledning.⁵⁵ Der fremheves det at tema for drøftingene blant annet skal være nødvendigheten av oppsigelser, gjennomføringen av oppsigelser og kriterier for den endelige utvelgelsen av de arbeidstakerne som må sies opp.

Når aml. § 15-2,11 sier at drøftingene må komme i gang så tidlig som mulig, gir bestemmelsen klart nok ikke uttrykk for en eksakt frist. Men drøftingene må innledes så tidlig som mulig på planleggingsstadiet, og så tidlig at de blir reelle.⁵⁶ Tillitsmennene skal altså gis en reell mulighet til å påvirke situasjonen.⁵⁷ Dette stemmer overens med kravet i Ha. § 9-4, som også bruker uttrykket ”*så tidlig som mulig*”.

Arbeidsmiljølovens § 15-2 gjelder uansett bedriftens størrelse, så lenge kravene til hva som er en masseoppsigelse i bestemmelsens første ledd er oppfylt.

Bakgrunnen for masseoppsigelsesbestemmelsen er EFs direktiv om masseoppsigelser (75/129/EØF). Formålet med dette direktivet, som altså danner grunnlag for aml. § 15-2, er å styrke arbeidstakernes vern ved masseoppsigelser ved at arbeidsgivere skal drøfte situasjonen med de tillitsvalgte.

Mer konkret blir formålet med drøftingene hovedsakelig å prøve og komme frem til en løsning slik at oppsigelser i størst mulig grad kan unngås. Eksempler på slike løsninger kan være omplassering, permittering, førtidspensjonering eller frivillig fratreden. For de

⁵⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁵⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁵⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11

⁵⁷ Fougner 2003 s. 241

som man ikke finner en annen løsning for enn oppsigelse, er formålet med drøftingene å redusere de uheldige sidene av oppsigelsen.⁵⁸

Ved store reduksjoner av arbeidsstokken blir det ofte ført grundige forhandlinger mellom organisasjonene på forhånd, og dette vil gjerne gi en rimelig sikkerhet for at alt har gått rett og riktig for seg. Dette kan føre til at retten er varsom med å gripe inn i forhold til de konkrete avveininger som er foretatt. Og videre kan det være grunn til å vise varsomhet med å kun se på en enkelt oppsigelse når denne inngår i en helhet som partene har forholdt seg til.⁵⁹

Dette er ikke en regel om oppsigelsesvern, men dersom man etterlever regelen vil altså ikke denne siden av saksbehandlingen kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen til ulempe for arbeidsgiver.⁶⁰

Når det gjelder arbeidsmiljøutvalg, jf. aml. § 7-1, skal dette etter aml. § 7-2,2 bokstav d, behandle ”...planer som kan få vesentlig betydning for arbeidsmiljøet, så som...rasjonalisering”. Utrykket rasjonalisering vil omfatte planer i forbindelse med generell omstilling og nedbemanning, da slike endringer vil kunne få vesentlig betydning for arbeidsmiljøet.⁶¹ Arbeidsmiljølovens § 7-2,2 bokstav d, innebærer derfor at arbeidsmiljøutvalget skal informeres om rasjonaliseringsprosesser, slik at de får anledning til å behandle disse. Det er følgelig ikke tilstrekkelig for arbeidsgiver bare å overholde informasjonsplikten etter aml. kapittel 15 når man står ovenfor en nedbemanningssituasjon.

Arbeidsmiljøutvalget er ikke kompetent til å treffe beslutninger som binder arbeidsgiveren i en slik prosess, men utvalget skal få adgang til å drøfte spørsmålet for å sikre en grundig saksbehandling av det. Selv om ikke bestemmelsen sier noe om når informasjonen skal gis, er det en forutsetning at den gis så tidlig at det har noe for seg å behandle spørsmålet.⁶²

⁵⁸ Fougner 2003 s. 237

⁵⁹ Fanebust 2002 s. 240

⁶⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991 - 92) s. 12

⁶¹ Fougner 2003 s. 234

⁶² Fougner 2002 s. 241

Innformasjons- og drøftelsesplikten etter de aktuelle bestemmelsene i hovedavtalens kapittel 9 (§§ 9-4, 9-5, 9-6 nr. 2, jf. aml. § 8-2,4), er nødvendig for at de tillitsvalgte skal kunne ivareta interessen til de ansatte på forsvarlig vis, og for at formålet med reglene om samarbeid og medbestemmelse skal kunne ivaretas. Når det gjelder hvilke temaer som skal drøftes er dette alle forhold av betydning for arbeidsforholdene. Som eksempel kan nevnes bedriftsøkonomiske forhold som etter bedriftsledelsens vurdering kan begrunne nedbemanning, eller muligheten for å sette i gang alternative tiltak.⁶³ Videre må drøftelsene ta opp ikke bare omfanget av oppsigelsene men også kriteriene for utvelgelse av arbeidstakere som skal sies opp, herunder hvordan man skal vektlegge ansiennitet, kvalifikasjoner, sosiale forhold og definere utvelgelseskrets. Dersom man ikke kommer utenom at enkelte arbeidstakere må sies opp, må kanskje det endelige personvalget ved utvelgelsen også drøftes.⁶⁴ Den endelige utvelgelsen av de enkelte arbeidstakere kan ikke overlates til de tillitsvalgte, men skal gjennomføres av arbeidsgiveren selv.⁶⁵

Dersom det ikke oppnås enighet mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte er det arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett som treffer den endelige avgjørelse, jf. over. I forarbeidene til aml. § 15-2, kommer det tydelig frem at lovgiver bevisst har valgt ordet ”drøftinger” fremfor ”forhandlinger”.⁶⁶ Bakgrunnen for dette er at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett har den endelige myndighet til å avgjøre spørsmålet dersom ikke enighet oppnås.

I enkelte nedbemanningssituasjoner kan det opprettes nedbemanningsutvalg i virksomheten. I et slikt utvalg vil normalt representanter fra de tillitsvalgte inviteres til å delta sammen med representanter fra arbeidsgiversiden. Typiske oppgaver er omplassering av ansatte, og utvelgelse av overtallige arbeidstakere. Utvalgets kunnskap om eventuelle motsetningsforhold mellom arbeidsgiveren og den aktuelle ansatte, gjør det ofte egnet til å kontrollere sakligheten i utvelgelsesprosessen. Spesielt med tanke på om det er tatt

⁶³ Fougner 2003 s. 54

⁶⁴ Fougner 2003 s. 54

⁶⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁶⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s.11

utenforliggende hensyn i forhold til brysomme arbeidstakere som arbeidsgiveren ønsker å benytte seg av nedbemanningsprosessen for å bli kvitt. Dersom utvalget skal ha noe for seg, er det avgjørende at arbeidsgiveren seriøst vurderer utvalgets anbefalinger og innspill.⁶⁷

Arbeidsmiljølovens kapittel 8 inneholder bestemmelser om informasjon og drøfting. Disse bestemmelsene er ikke utformet spesielt med tanke på oppsigelsessituasjoner, slik som bestemmelsene i aml. kapittel 15 er, og fører ikke til noen begrensning i forhold til disse reglene.⁶⁸ Da bestemmelsene i lovens kapittel 8 fremstår mer som minstekrav til kommunikasjon i den daglig drift, vil de ikke få noen egen omtale i denne fremstillingen.

Når det gjelder rettsvirkningene av manglende oppfyllelse, er det i følge forarbeidene klart at overtredelse av aml. § 15-2,2 ikke i seg selv vil medføre at gitte oppsigelser blir ugyldige.⁶⁹ Men en slik mangelfull saksbehandling vil, som jeg kommer tilbake til under pkt. 2.3.4, kunne få betydning for saklighetsvurderingen.

Verdien av regler om forhandling, drøfting og medbestemmelse, avhenger av hvordan ordningene fungerer i praksis. Dette avhenger blant annet av om bedriften har aktive og bevisste tillitsvalgte, og om partene følger opp intensjonene bak regelverket.

2.3.4 Betydningen av unnlatte drøftinger

Dersom saksbehandlingen i en nedbemanningssituasjon ikke har vært tilfredsstillende, typisk på grunn av mangelfulle drøftinger med arbeidstakere og tillitsvalgte, kan dette føre til at oppsigelsene underkjennes. Utgangspunktet er her at bedriften har plikt til å skape klarhet i de faktiske forhold som kan tenkes å ha betydning for om en arbeidstaker skal sies opp. Videre vil bedriften ha risikoen dersom det skulle vise seg at det faktiske grunnlag svikter uavhengig av om den kan bebreides for dette eller ikke. Men på enkelte punkter kan bedriften basere seg på at arbeidstakeren selv kommer med opplysninger som kan ha betydning for vurderingen av om oppsigelser er berettiget og

⁶⁷ Fougner 2003 s. 247

⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 312 flg.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 12

nødvendig. Eksempler på dette siste kan være situasjoner hvor arbeidsgiver vil legge vekt på forhold hos arbeidstakeren som ordrenekt eller fravær, og hvor arbeidstakeren mener at denne har gyldig grunn for dette.⁷⁰

Det må bero på en konkret vurdering hvilke virkning en eventuell feil skal få. Dersom man skal kunne tillegge en slik mangelfull saksbehandling betydning i saklighetsvurderingen, må man legge til grunn at det er sannsynlig at resultatet ville blitt et annet dersom bedriften hadde gått frem slik den skulle.⁷¹ Eksempler fra rettspraksis som finner oppsigelser ugyldige på grunn av manglende drøftelser, fordi det var rimelig grunn til å tro at en annen fremgangsmåte ville gitt et annet resultat er Rt. 1966 s. 393 og Rt. 1972 s. 1330.

Motsatt vil unnlatelse av drøfting ikke føre til ugyldighet dersom dette antas ikke å ha hatt betydning for resultatet. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1967 s. 91: Oppsigelsen hadde saklig grunn i bedriftens forhold. Oppsigelsen var resultat av et forsvarlig skjønn der hensynet til begge parter ble trukket inn i vurderingen, men hvor bedriftens interesser ble avgjørende. Men bedriften kritiseres for ikke å ha drøftet oppsigelsen med arbeidstakeren før den ble gitt, selv om de ikke var forpliktet til det hverken etter lov eller avtale. Retten finner ikke rimelig grunn til å anta at en forhåndsdrøftelse med arbeidstakeren ville ført til et annet resultat. Og dette blir i saken avgjørende for at unnlatelsen av forhåndsdrøftelse ikke tillegges betydning ved sakens avgjørelse.

I denne sammenheng er aml. §15-2 sentral, det kommer av at brudd på denne kan påvirke selve saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Selv om manglende avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte ikke i seg selv fører til at oppsigelsen er ugyldig.⁷² Dersom ikke drøftelser er foretatt, kan dette bety at arbeidsgiver kanskje ikke har vurdert alternativer til oppsigelser tilstrekkelig. I tilfeller hvor man står ovenfor en slik situasjon vil oppsigelser kunne anses usaklige dersom det foreligger andre alternativer.

⁷⁰ Fanebust 2002 s. 235 flg.

⁷¹ Fanebust 2000 s. 145, Fanebust 2002 s. 235

⁷² Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s.11

På sammen måte vil brudd på drøftelsesplikten etter aml. § 15-1 altså også kunne føre til at en oppsigelse ikke er saklig. Se mer om disse bestemmelsene i pkt. 2.3.3 og pkt. 2.3.2 over.

Dersom arbeidsgiver misligholder informasjons- og drøftelsesplikten vil bedriften, avhengig av hvilke tariffavtaler som gjelder, kunne bli ansvarlig for å betale lønn til oppsagte arbeidstakere utover oppsigelsestiden eller pådra seg en betydelig bot, jf. f.eks. reglene i Ha. §§ 9-11 og 9-19 (nr 2).⁷³ En mulig virkning av ikke å overholde informasjons- og drøftelsesplikten, er at viktige hensyn bak saksbehandlingsreglene kan bli skadelidende. Tanken er jo at saksbehandlingsreglene skal sikre en forsvarlig fremgangsmåte i forbindelse med omstillinger, herunder sørge for at mothensyn kommer frem og at relevante hensyn blir vurdert. Som vi har sett i eksemplene over legger domstolene stor vekt på saksbehandlingen ved avgjørelsen av oppsigelsessaker.

Når kriteriene har vært diskutert med de tillitsvalgte, og nedbemanningsutvalget har kontrollert at kriteriene er fulgt opp konsekvent, skal det mye til før domstolene setter tilside de beslutninger som treffes. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1992 s.776, s. 781: Avgjørelsen gjeldt nedbemanning i Sparebanken Nord, og inneholder blant annet følgende om omstillingsutvalg: *”Det ble opprettet omstillingsutvalg... til å forberede bortfall av 100 årsverk”*. Og videre: *”Vesentlig for meg er det at banken bl.a. gjennom utvalget – og hermed i nær kontakt med de ansatte – ut fra den prekære situasjon som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte og sikre både banken og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt. Jeg finner det derfor ikke tvilsomt at banken etter de vurderinger og frivillige løsninger som hadde funnet sted, generelt sett hadde saklig grunnlag for ut fra bankens behov for å gå til oppsigelse av en rekke arbeidstakere, jf. Kravet i aml. § 60 nr 2, 2 punktum”*.

Kanskje enda lengre med å understreke betydningen av en avtale mellom de tillitsvalgte og arbeidsgiver går Rt. 2001 s. 71, på side 82 om betydningen av ansiennitetsavtaler: *”Jeg er enig i at slike avtaler tjener til å avklare stillingen blant annet i*

⁷³ Fougner 2003 s. 55 og 56

forbindelse med innskrenkninger, og at dette må være i partenes felles interesse. Det står for meg som klart at slike avtaler i utgangspunktet må legges til grunn av domstolene”. Og videre: ”Jeg er enig i at det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”.

I Ha. § 9-6 oppstilles det et krav om protokollførsel fra de møter som avholdes i samsvar med Hovedavtalens regler. Dette for å sikre dokumentasjon i ettertid. Partenes standpunkt og eventuell uenighet skal fremgå av protokollen.

2.4 Forhold hos virksomheten som kan føre til oppsigelser

Utgangspunktet etter aml. § 15-7,1 er altså at forhold hos blant annet virksomheten kan danne saklig grunnlag for oppsigelse av arbeidstakere. I en omorganiseringsprosess vil man ofte bli stilt ovenfor en situasjon hvor en eller flere av arbeidstakernes stillinger faller bort. Men det er ingen forutsetning for saklighet at stillingen ikke lenger eksisterer, også endret innhold som stiller nye krav til kvalifikasjon kan danne grunnlag for saklige oppsigelser.⁷⁴ Dessuten kan arbeidstaker bli sagt opp fra en stilling selv om denne vil bestå uforandret, som en følge av utvelgelsesprosessen som beskrevet i den videre fremstilling.

Når det gjelder hvilke forhold på virksomhetssiden som kan begrunne en omlegging er det vanlig å operere med enten underskudds- eller rasjonaliseringshensyn. Hvilke av disse som er lagt til grunn har i utgangspunktet ingen betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Men grunnen til omstillingen kan få betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7, 1 jf. § 15-7,2, se pkt. 2.4.2. Dersom bedriften ikke står ovenfor en vanskelig økonomisk situasjon, kan et ønske om å bringe utgiftene ned i seg selv være nok til at saklig grunn foreligger. Som eksempel på forhold på virksomhetssiden kan nevnes Rt. 1967 s. 91: En bedrift hadde gjennomført en planlagt, kontinuerlig rasjonaliseringsprosess som følge av store årlige underskudd og at den derfor befant seg i en vanskelig økonomisk situasjon. Videre var bedriften pålagt av sin bankforbindelse og skjære ned på alle utgifter

⁷⁴ Fanebust 2002 s. 238 flg

der det var mulig. Dette ble samlet klart ansett å gi bedriften saklig grunn for oppsigelse i dennes egne forhold.

Men det trenger ikke nødvendigvis å ligge noe økonomisk forhold til grunn for oppsigelse.⁷⁵ At andre hensyn har blitt tillagt vekt i rettspraksis er Rt. 1989 s. 508 et eksempel på. Her (side 514) ble ikke bedriftsøkonomiske vurderinger lagt til grunn for nedbemanningen, men distriktpolitiske hensyn ble godtatt som saklig grunn for oppsigelse.

Av eksempler på andre forhold som kan ligge til grunn for en bedriftsøkonomisk vurdering som taler for oppsigelser kan nevnes svak økonomi, ny markedssituasjon, mer effektivt produksjonsutstyr, mer effektiv organisering av funksjonærer og ledelse.

Når det gjelder forhold på virksomhetssiden som ikke i seg selv gir saklig grunnlag for oppsigelse, vil dette typisk være endringer i de underliggende praktiske realiteter som ikke direkte påvirker behovet for arbeidstakere. Slike endringer kan for eksempel være eierskifte (se eventuelt aml. § 16-4) eller endringer i organisasjonsform.

I Rt. 1972 s. 1330, hvor en brann var årsaken til at det ble utført nedbemanninger blant de ansatte ved et hotell, ble oppsigelsen av en av de ansatte ikke ansett å være gyldig. Ugyldigheten kom hovedsaklig av at det ikke var tatt kontakt med den oppsagte, men det ble også lagt vekt på at arbeidsgiveren heller kanskje skulle permittert arbeidstakeren frem til hotellet var gjenoppbygd i stedet for å si han opp. Dette tyder på at brannen i seg selv ikke nødvendigvis ville gitt saklig grunnlag for oppsigelsen.

At bedriften har gjort det som med rimelighet kan kreves for å løse vanskene på en annen måte enn ved oppsigelser kan kreves dokumentert av domstolene. Har bedriften gjort dette vil oppsigelsen som regel stå seg, og oppsigelsen kan ikke settes til side kun fordi retten stiller seg tvilende til hensiktsmessigheten av omleggingen.⁷⁶ Domstolen er tilbakeholden med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske analyse som vanligvis

⁷⁵ Fanebust 2002 s. 238 flg.

⁷⁶ Fanebust 2000 s. 110

ligger til grunn for en nedbemanningssituasjon, og dette for betydning for sakligheten ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.⁷⁷

Dersom en bedrift legges ned, gir dette saklig grunn til oppsigelse i seg selv. Det blir i så fall ikke plass for noen saklighetsvurdering verken i forhold til oppsigelsesgrunnlaget eller i forhold til den enkelte arbeidstaker.⁷⁸

Arbeidsmiljøloven § 15-7,2 kommer til anvendelse ved driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, altså forhold på virksomhetssiden. Også her må kravet om saklig grunn jf. første ledd være oppfylt. Selv om man ikke står ovenfor masseoppsigelsestilfeller som reguleres av aml. § 15-2, forutsetter lovens saklighetskrav at alternative tiltak har vært vurdert.⁷⁹ Eksempler på slike alternative tiltak kan være å benytte seg av mindre innleid arbeidskraft, fere midlertidig ansatte, utleie av arbeidskraft, permisjoner og oppsigelse av konsulentavtaler. Sentralt er altså om bedriften har vurdert om de nødvendige kostnadsreduksjoner kan gjennomføres på annen måte enn oppsigelser.

2.4.1 Annet passende arbeid

Utgangspunktet ovenfor modifiseres av § 15-7, 2,1: *”Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker”*.

Bestemmelsen stiller som krav til sakligheten etter §15-7,1 ved oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak at arbeidsgiver dersom det er mulig tilbyr arbeidstakeren annet passende arbeid i virksomheten. Dersom en slik omplassering er mulig, men ikke gjennomføres er oppsigelsen usaklig.

Arbeidstakker må som det fremkommer av ordlyden i § 15-7,2,1 være skikket for arbeidet, jf. *”passende”*. Skikkethet er altså en forutsetning for at arbeidet er passende.⁸⁰

⁷⁷ Se for eksempel Rt. 1989 s. 508

⁷⁸ Fanebust 2000 s. 116

⁷⁹ Fougner 2003 s. 199

⁸⁰ Fanebust 2000 s. 151

Hvorvidt arbeidstaker er skikket eller ikke må bero på en konkret vurdering av den enkelte arbeidstaker.⁸¹

Her er det snakk om et minstekrav, og ikke om hvem som er den best kvalifiserte av mulige arbeidstakere. Dette kommer typisk på spissen hvor det er mulig å ansette yngre og bedre kvalifiserte arbeidstakere til fortrenghet for eldre arbeidstakere med lang tids tjeneste (jf. pkt. 2.6 om utvelgelseskriteriene). Kravet om skikkethet innebærer ikke et krav om full effektivitet fra første dag.⁸² For nye arbeidstakere er det normalt med en viss opplæring, og for de som rekrutteres innad i bedriften må det trolig aksepteres en noe lengre innkjøringsperiode enn det som ellers er vanlig.⁸³ Rimelig opplæringstid må sees i sammenheng med interesseavveiningen i pkt. 2.4.2 nedenfor. Utgangspunktet for hvor mye tid man kan forvente at arbeidstakeren skal bruke på opplæring og omstilling, finner man altså ved å ta utgangspunkt i hvor lang tid man vanligvis bruker på å komme inn i tilsvarende stilling, men slik at man godtar en noe lengre tid hos eldre arbeidstakere eller arbeidstakere som er yrkeshemmet.⁸⁴

Selv om arbeidstakere som står i fare for å bli oppsagt kan fylle andre stillinger i bedriften dersom de får nødvendig opplæring, er det ikke gitt at man kan stille krav om slik opplæring ovenfor en bedrift i en vanskelig situasjon.⁸⁵ Bedriftens økonomi vil følgelig være relevant i forhold til hvilke opplæring som kan kreves. Dessuten kan ønsket om å beholde arbeidere som er fortrolige med avdelingens forskjellige oppgaver, og som derfor ikke trenger noen videre opplæring være et relevant argument som taler mot opplæring av oppsigelsestruede arbeidstakere.⁸⁶

Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes NAD 1987.867 Kristiansand, hvor et apotekbud som sto i fare for å bli oppsagt ikke kunne kreve omskolering til apotektekniker,

⁸¹ Fanebust 2000 s. 153

⁸² Fanebust 2002 s. 253

⁸³ Fanebust 2000 s. 152

⁸⁴ Fougner 2003 s. 204

⁸⁵ Rt. 1986 s. 879

⁸⁶ Rt. 1986 s. 879

da en slik opplæring ville ta lang tid. Men den ansatte kunne ha fått opplæring i renhold, da dette ville la seg utføre i løpet av en kort opplæringsperiode. Den ansatte hadde sagt seg villig til å ta hvilket som helst type arbeid og oppsigelsen av denne, i stedet for oppsigelse av to rengjøringsassistenter med kortere ansiennitet, ble derfor kjent ugyldig.

Når man skal vurdere mulighetene for omplassering, må arbeidsgiver som utgangspunkt tilby arbeidstakeren oppgaver som svarer til det han har når det gjelder lønn og stillingsinnhold for å bli fri for ansvar.⁸⁷ Men dersom dette ikke er mulig å finne, må arbeidsgiver tilby underordnet, tyngre eller dårligere betalt arbeid, eventuelt i et annet geografisk område eller ved en annen avdeling før arbeidsgiver kan ty til oppsigelse.⁸⁸ Også stilling med redusert stillingsprosent i forhold til hva arbeidstakeren hadde tidligere vil være et aktuelt alternativ.⁸⁹ Hva som kan være annet passende arbeid beror på en helhetsvurdering, hvor også arbeidstakerens egen oppfatning spiller inn.⁹⁰ Dersom en arbeidstaker får tilbud om en stilling som ikke er vesentlig dårligere, vil virksomheten normalt gå fri.⁹¹ I Rt. 1966 s. 393 hvor en oppsigelse ble kjent ugyldig, nevnte retten lavere lønn, mindre betrodd stilling og deltidsarbeid som mulige alternative løsninger. Retten så det altså slik at dette var alternativer som gikk inn under annet passende arbeid.

Når det gjelder hva som kreves av arbeidsgiver for å tilby annet passende arbeid, kommer også spørsmålet om hvorvidt man kan kreve at arbeidsgiver oppretter en ny stilling til arbeidstakeren. Regelen i aml. § 15-7,2,1 innebærer ikke at arbeidsgiveren har noen plikt til å opprette nye stillinger det ikke er behov for.⁹² Forarbeidene understreker at det dreier seg om en plikt til omplassering dersom man har en stilling ledig eller opprettelse

⁸⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁸⁸ Fanebust 2000 s. 149

⁸⁹ Fougner 2003 s. 203

⁹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁹¹ Fougner 2003 s. 203

⁹² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

av ny stilling dersom man har udekte oppgaver eller behov, men ikke noe krav om at arbeidsgiver må opprette nye stillinger.⁹³

I tråd med det som er sagt om styringsretten i pkt. 2.1 over, er det opp til bedriften å vurdere hvilke stillinger den til enhver tid skal ha, og innenfor rammene av arbeidsavtalene omfordele disse oppgavene på arbeidsstokken. Dette kan således sies å være en del av styringsretten som ikke saklighetsvernet ikke uten videre kan gripe inn i.⁹⁴

At arbeidsgiver ikke har plikt til å opprette eller opprettholde stillinger det ikke er bruk for, modifiseres i tilfeller hvor det kun er snakk om en kortere tidsperiode før stillinger blir ledig ved naturlig avgang og hvor virksomhetens behov for å nedbemanne ikke er presserende.⁹⁵

I Rettspraksis er det lagt til grunn at ikke bare annet passende arbeid, men også andre og mindre tyngende alternativer enn oppsigelse må vurderes. Dette faller delvis sammen med spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver for å bli fri sitt ansvar kan tilby mindre attraktive stillinger. Eksempler på slike andre alternativer kan være arbeid på redusert tid, redusert lønn, permittering. Her må man være oppmerksom på at man kan stå ovenfor en omgåelse av oppsigelsesbestemmelsene.⁹⁶ Permittinger kan være særlig aktuelt ved mer midlertidige forstyrrelser av den ordinære drift, som et alternativ før arbeidsgiver kan ty til oppsigelser.⁹⁷

Arbeidsgivers omplasseringsplikt gjelder etter aml. §15-7,2,1 ”i virksomheten”. Som nevnt i pkt. 1.4.3 er dette generelt sett et vidt begrep, og i forhold til § 15-7,2,1 vil innholdet av begrepet kunne by på tvil. Tvil vil typisk kunne oppstå i situasjoner hvor man står ovenfor ulike kombinasjoner av mor- og datterselskaper. Men dersom et foretak er delt opp i enkeltdeler som er lokalisert på forskjellige steder, vil disse ulike delene i utgangspunktet være samme virksomhet så lenge de styres av de samme selskapsrettslige

⁹³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁹⁴ Fanebust 2000 s. 147

⁹⁵ Fanebust 2000 s. 147

⁹⁶ Fanebust 2000 s. 150 flg.

⁹⁷ Fanebust 2002 s. 252

styringsorganer.⁹⁸ Men ofte byr ikke dette på problemer, da man i mange nedbemanningssituasjoner står ovenfor en enkelt virksomhet som kun er lokalisert innenfor ett geografisk lukket område. Her ser man også hvordan saklighetskriteriet i oppsigelsesbestemmelsen kommer inn på forskjellige måter. Det bør være de rettslige og paktiske muligheter bedriftsledelsen har for å ivareta interessen til den enkelte arbeidstaker i den konkrete situasjon som blir utslagsgivende for hvor grensene skal trekkes.⁹⁹

Begrunnelsen for regelen ligger i at det ikke er noen grunn til at arbeidsforholdet skal avbrytes dersom arbeidstakeren kan utføre annet passende arbeid hos arbeidsgiveren. Vanligvis vil arbeidstakeren ønske å bytte innhold i arbeidshverdagen sin, fremfor å bytte arbeidsgiver. Det er i alle fall naturlig å gi arbeidstakeren valget, dersom en slik mulighet foreligger.¹⁰⁰ Regelen innebærer ikke at en arbeidsgiver står fritt til å løse arbeidstakeren fra en stilling og plassere ham i en annen, men at dersom vilkårene for oppsigelse foreligger må altså mulighetene for omplassering vurderes.¹⁰¹

Denne bestemmelsen kan sies og forlenges av reglen om fortrinnsrett (aml. §14-2), da denne kommer til anvendelse dersom det ikke har vært mulig å finne annet passende arbeid, og arbeidstakeren derfor blir lovlig sagt opp. I Rt. 1992 s. 776 ble det uttalt at man kunne forholde seg til de filialene som ble lagt ned enkeltvis. Se pkt. 2.5.1. Men dersom det oppsto ledige stillinger ellers i avdelingene, ville de oppsagte arbeidstakerne ha fortrinnsrett, jf. (nå) aml. § 14-2, til disse stillingene som ble ledige som en følge av omorganiseringen.

Man kan også stille spørsmål om i hvilken grad arbeidsgiveren kan stille krav om at arbeidstakeren som blir omplassert må gjennomgå en viss prøvetid. I Rt. 1999 s. 1694 sies det at den alminnelige regel må være at omplassering skal utføres uten at den ansatte må gjennom noen prøvetid. Men dersom den nye stillingen er av en slik karakter at man er avhengig av at arbeidstakeren må gjennom en prøvetidsperiode for å konstatere om

⁹⁸ Fanebust 2000 s. 155

⁹⁹ Fanebust 2000 s. 155

¹⁰⁰ Fougner 2003 s. 202

¹⁰¹ Fougner 2003 s. 203

bedriften faktisk har annet passende arbeid å tilby, vil arbeidsgiveren kunne stille krav om dette. I denne saken var det aktuelt med omplassering fra pakking av varer til telefonsalg.

Videre har det blitt stilt spørsmål om i hvilken grad en arbeidstaker kan sies opp under henvisning til virksomhetens forhold fordi det er mulig å få tilsatt andre som er bedre kvalifisert eller billigere i stedet. Altså at det gjennomføres en såkalt remplaseringsoppsigelse, eller utskifting av arbeidstaker. Det er imidlertid sikker oppfatning at en arbeidstaker ikke kan sies opp under henvisning til at bedriften kan få tilsatt en annen som er bedre kvalifisert eller yngre. For at en slik oppsigelse skal ha saklig grunn må denne i så fall finnes i arbeidstakers eget forhold.¹⁰²

Videre blir det spørsmål om hvorvidt man kan si opp arbeidstakere med den begrunnelse at det er mulig å få tak i billigere arbeidskraft. I tråd med det som er sagt over om at arbeidsgiveren må tilby mindre attraktive stillinger dersom dette er eneste mulighet utenom å ty til oppsigelser, vil den naturlige løsningen bli at tilbudet om lavere lønn først må presenteres for arbeidstakerne innad i virksomheten før man forsøker å rekruttere ny og billigere arbeidskraft utenfra.

2.4.2 Avveining av partenes interesser

Utgangspunktet i pkt. 2.4 må også modifiseres av aml. § 15-7,2,2: ”Ved avgjørelsen av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringsvedtak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker”. Også dette kommer inn som et moment ved saklighetsvurderingen etter første ledd i § 15-7, når oppsigelsen skyldes oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak. Det understrekes i forarbeidene til aml. 1977 § 60 nr 2 annet punktum, at ”ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp”.¹⁰³

¹⁰² Fanebust 2002 s. 248

¹⁰³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

En slik avveining vil bety at jo hardere en oppsigelse vil ramme arbeidstakeren, jo strengere krav stilles til nødvendigheten av å gå til oppsigelse hos bedriften. Og motsatt vil vanskelig økonomi gi bedriften større mulighet til å gjennomføre drastiske tiltak enn dersom økonomien er god.¹⁰⁴ På virksomhetssiden vil følgelig behovet for omlegging stå sentralt ved avveiningen. Hvor alvorlige bedriftens eventuelle økonomiske vanskeligheter er vil altså være av betydning. Bedriftens størrelse vil også kunne trekkes inn.¹⁰⁵ I Rt. 1966 s. 393, ble oppsigelsen av en arbeidstaker ikke ansett å være saklig begrunnet fordi bedriften kunne tilbudt arbeidstakeren en annen stilling og dermed hjulpet han ut av en økonomisk meget vanskelig situasjon, uten at dette for bedriften ville medført verken reduksjon i rasjonaliseringens effektivitet eller betydelige økonomiske utgifter. Dette vil jo typisk være et tilfelle hvor hele § 15-7,2 må sees under et.

Eksempler på forhold hos arbeidstaker som kan tillegges betydning kan være alder, ansettelsestid, sosiale forhold og muligheter for å få ny jobb.¹⁰⁶ Inn under sosiale forhold går bla arbeidstakerens økonomiske situasjon og forsørgelsesbyrde.¹⁰⁷ Momentene i en slik vurdering vil inneholde flere av de samme vurderingstemaene som utvelgelseskriteriene som behandles under.

Aldersmomentet kan slå begge veier. På den ene siden vil en eldre arbeidstaker kanskje ha vanskelig for å skaffe seg nytt arbeide, slik at dette taler for at han bør beholdes i bedriften ut karrieren. Mens på den annen side har en eldre arbeidstaker kanskje mulighet til førtidspensjonering. En yngre arbeidstaker vil kanskje ha lettere for å få ny jobb eller mulighet for omskolering, men ingen mulighet for å gå av med pensjon. Både i forhold til en eldre og en yngre arbeidstaker vil det følgelig ha betydning hvordan mulighetene for ny jobb generelt er på arbeidsmarkedet.

På arbeidstakersiden må det særlig legges vekt på arbeidstakers mulighet til å klare seg økonomisk etter en eventuell oppsigelse. Slik som hvilke alternativer denne står

¹⁰⁴ Fougner 2003 s. 200

¹⁰⁵ Fanebust 2000 s. 160 flg.

¹⁰⁶ Aagaard 2006 s. 255

¹⁰⁷ Fougner 2003 s. 206

ovenfor med tanke på pensjons- eller trygdeordninger, jf. forrige avsnitt. Om arbeidstaker har ektefelle i lønnet arbeid kan spille inn dersom forholdene på bedriftssiden er alvorlige. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1967 s. 91: En arbeidstakers stilling ble ansett å være overflødig som følge av rasjonalisering. Her hadde arbeidstakeren ingen forsørgelsesbyrde og hans hustru tjente relativt godt. Dessuten var han frisk. Men det som talte for å beholde arbeidstakeren var at denne var 66 år og hadde 41 års ansiennitet. Altså høy alder og lang ansiennitet. Men etter en helhetsvurdering veide bedriftens krisetilstand som et resultat av langvarig situasjon med underskudd tyngre enn hensynet til arbeidstakeren, og denne kunne lovlig sies opp.

I denne sammenheng, som ellers når man har å gjøre med oppsigelser, er det viktig å huske på at arbeid i seg selv har egenverdi for arbeidstakerne.

Arbeidsgiver er avhengig av forutgående drøftelse med arbeidstaker etter reglene som behandlet under pkt. 2.3, for å få tilstrekkelig informasjon til at disse forhold kan vurderes tilfredsstillende.

I motsetning til selve utvelgelsen er det her snakk om forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og ikke forholdet mellom flere arbeidstakere. Men momentene som vil kunne tas med i vurderingen vil ofte være de samme som kan komme inn som relevante i forhold til utvelgelseskriteriene.

Selv om en oppsigelse kan virke urimelig ovenfor den som rammes, er det et sikkert utgangspunkt at oppsigelsen ikke kan underkjennes bare på grunnlag av dette så lenge oppsigelsen er begrunnet i saklige hensyn som har tilstrekkelig vekt.¹⁰⁸ Se pkt. 2.2 om stillingsvernet, hvor det beskrives at saklighetskriteriet inneholder et krav om at utenforliggende forhold ikke skal tas i betraktning, og at selv saklige momenter må ha en tilstrekkelig tyngde. Den delen av saklighetskriteriet som stiller krav til momentenes tyngde, henspiller direkte til denne avveiningen av partenes interesser. Men urimeligheten vil få betydning for sakligheten dersom man etter en helhetsvurdering, jf. ”avveining”,

¹⁰⁸ Fanebust 2000 s. 88

kommer frem til at oppsigelsen ikke er saklig.¹⁰⁹ Jf. om Rt. 1966 s.393 over. Dette støttes av arbeidsmiljølovens forarbeider.¹¹⁰

I Rt. 1986 s. 879 ser man hvordan avveiningen kan gå i bedriftens favør selv om de oppsagte rammes hardt, dersom dette er nødvendig for å trygge den videre drift og dermed sikre de andre arbeidsplassene for fremtiden. I dommen kom sosiale og menneskelige hensyn inn som en del av totalvurderingen, og på side 887 kommer dette til uttrykk på følgende måte: *”Slik situasjonen ved bedriften var høsten 1983, måtte bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkningstiltak for å trygge den videre drift, ha gjennomslagskraft også om oppsigelsene ville ramme hardt”*. Dette betyr at utfallet fort kunne blitt annerledes dersom bedriftens økonomi hadde vært noe bedre, og at vurderingen kunne blitt annerledes dersom ansattes sosiale forhold hadde vært annerledes.

Avveiningen kan falle ulikt ut, avhengig av om det er snakk om en ren rasjonaliseringsoppsigelse eller en oppsigelse i en underskuddssituasjon.¹¹¹ I Rt. 1966 s. 393 hvor en bedrift sto ovenfor en rasjonaliseringsprosess, ble oppsigelse av en ansatt ikke ansett å være saklig begrunnet da det trolig ville la seg gjøre å finne en løsning som ikke ville føre til betydelige økte økonomiske utgifter for bedriften dersom denne lot arbeidstakeren få fortsette som ansatt ved bedriften, men eventuelt endre på lønnens størrelse eller arbeidets innhold. Dette stemmer overens med forarbeidenes uttalelse om at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, jf. første avsnitt over.¹¹²

2.5 Forhold hos arbeidstakeren som kan legges vekt på ved utvelgelsen

Selv om oppsigelsen(e) i utgangspunktet skyldes virksomhetens forhold, vil arbeidstakers egne forhold spille inn i forhold til utvelgelsen. Her er det altså forholdet de ansatte i mellom som er aktuelt og usaklig forskjellsbehandling man ønsker å unngå, sammenlignet med forholdet mellom virksomheten og de ansatte i pkt. 2.4.2.

¹⁰⁹ Fanebust 2000 s. 88

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72

¹¹¹ Fanebust 2000 s. 163

¹¹² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

Bedriften har, gjerne i samarbeid med de tillitsvalgte, kommet frem til at bedriften må nedbemanne og kanskje også blitt enige om hvor mange som må sies opp. Men for å få fullført prosessen må både utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier defineres.

2.5.1 Utvelgelseskrets

Så lenge ikke alle arbeidstakere ved virksomheten skal sies opp, må utvelgelseskretsen defineres. I Rt. 1992 s. 776 har man et eksempel på at ikke hele virksomheten trenger å sees på som en krets, men denne kan godt deles inn nærmere bestemte deler av virksomheten. Eksempler på slike deler kan være geografisk avgrensede områder, virksomhetsområder, filialer, avdelinger, divisjoner osv.

I likhet med utvelgelseskriteriene som behandles nedenfor er heller ikke utvelgelseskretsen lovfestet, og veiledning må hovedsaklig søkes i Høyesteretts praksis. I Rt. 1992 s. 776 kunne arbeidsgiver forholde seg til de avdelingene som ble lagt ned, i stedet for å oppstille ansiennitets eller kvalifikasjonskriterier på tvers av avdelingene. Her var det snakk om et stort geografisk område, og avdelingenes ansatte som mistet jobben kunne eventuelt søke på ledige stillinger i andre avdelinger. Dommen gir ikke uttrykk for et generelt avdelingsprinsipp, men i dette konkrete tilfellet var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg.

2.6 Utvelgelseskriterier

For at en utvelgelsesprosess skal kunne gjennomføres, må utvelgelseskriteriene være fastsatt. Hvilke krets disse kriteriene skal anvendes på må også være definert. I bunn for hele denne utvelgelsesprosessen ligger lovens krav om saklighet ved oppsigelser, jf. aml. § 15-7.

Her må man ha klart for seg at de følgende kriteriene ikke i seg selv gir grunnlag for oppsigelse, men at de kan gi et saklig grunnlag når forholdene på bedriftssiden først er slik stilt at man må ty til oppsigelser. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1992 s. 776 som skiller mellom saklighet i forhold til virksomhetens behov for å foreta nedbemanning og saklighet i forhold til hvem som skal sies opp.

Når utgangspunktet for oppsigelsene er forhold på virksomhetssiden, og man ved utvelgelsen legger vekt på forhold hos arbeidstaker, må domstolene kunne prøve de enkelte elementer i grunnlaget for avgjørelsen og stille de samme krav til bevis, som ved en ordinær oppsigelse.¹¹³

ILO er FNs internasjonale særorganisasjon for arbeidslivet. Uten å behandle dette videre nevnes at ILO- rekommandasjon nr. 119 som er tiltrådt av Norge, inneholder retningslinjer for hvilke forhold som kan og ikke kan legges vekt på i en oppsigelsessituasjon. Denne vektlegges ikke direkte i forarbeidene, men det nevnes at den nasjonale lovgivningen bør holde seg innenfor de rammene som trekkes opp. Rekommandasjonen har preg av å være en retningslinje, i motsetning til å være bindende.¹¹⁴

2.6.1 Forhold hos den enkelte arbeidstaker

Det er vanlig å operere med to hovedtyper av utvelgelseskriterier, nemlig kvalifikasjonshensyn og ansiennitetsprinsippet.¹¹⁵ Men man kan godt tenke seg disse kriteriene brukt i kombinasjon, og en slik kombinasjon er den vanligste formen for utvelgelseskriterium. Hvordan dette skal gjøres kan for eksempel være fastsatt i en overenskomst eller omstillingsavtale.¹¹⁶

Domstolene kan etterprøve om kriteriene er saklige og om de følges. Arbeidsgiver står i utgangspunktet fritt til å velge kriterier så lenge disse er saklige, forsvarlige og tar hensyn til eldre arbeidstakere. Men hensyn til eldre arbeidstakere må man altså alltid ta.¹¹⁷

Dersom en bedrift har valgt å basere utvelgelsen på enten ansiennitet eller kvalifikasjoner, må bedriften ved fravikelse av det valgte prinsipp kunne dokumentere grunnene for denne fravikelsen.¹¹⁸

¹¹³ Fanebust 2000 s. 107

¹¹⁴ Fanebust 2000 s. 48

¹¹⁵ Fanebust 2002 s. 259

¹¹⁶ Fougner 2003 s. 207

¹¹⁷ Fougner 2003 s. 207

Rettslig grunnlag for utvelgelseskriterier, ut over det mer generelle saklighetskriteriet, følger av lovforarbeidene og rettspraksis og er regulert i tariffavtaler.¹¹⁹ Som eksempel på slik regulering i tariffavtale kan nevnes Ha. § 9-12.

Av kriteriene som listes opp i fortsettelsen av fremstillingen, vil altså de vanligste hovedkriteriene være enten ansiennitet eller kvalifikasjoner. Men i tillegg til disse finnes også kriterier som sjelden tillegges selvstendig betydning som utvelgelseskriterium alene, men som gjerne tillegges vekt i helhetsvurderingen. Forhold som ikke kan tillegges vekt nevnes også. Flere av de følgende forholdene overlapper hverandre.

2.6.2 Ansiennitet

Med ansiennitet menes tjenestetid i virksomheten. Ansiennitet kan tenkes brukt som et objektivt enkelt konstaterbart uttrykk for å måle hvor bra kvalifisert en arbeidstaker er. Videre oppfattes det nok i vid utstrekning som et rimelig og rettferdig kriterium i en utvelgelsesprosess, spesielt sett fra arbeidstakersiden.

For at en bedrift skal ha en plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, må det foreligge et særskilt grunnlag for dette. Dersom slikt grunnlag foreligger finner man det vanligvis i tariffavtale, som for eksempel i Ha. §9-12, eller annen avtale i forbindelse med nedbemanning. Unntak fra kravet om særskilt grunnlag kan tenkes hvor enkelte ansatte har vært ansatt vesentlig lengre en andre ansatte. Da vil det i enkelte tilfeller ikke tilfredstille kravet om saklighet dersom man ser helt bort fra ansienniteten, selv om ikke annet særskilt grunnlag for å følge ansienniteten foreligger.

I Ha. § 9-12 har man et bindende ansiennitetsprinsipp. Første del av §9-12 lyder: *”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn”*. Men selv om man her står ovenfor en regel som i utgangspunktet binder partene, kan denne altså fravikes når saklig grunn foreligger. I NHOs egne kommentarer påpekes det at når teksten i 1994 ble endret fra *”...skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges”* til *”...kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn”*

¹¹⁸ Fanebust 2000 s. 169

¹¹⁹ Fougner 2003 s. 260

som vist over, var dette ikke ment å innebære en rettslig endring.¹²⁰ Det vises til protokolltilførselen under §9-12 som sier at ”*tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis*”. Jeg legger her til grunn at protokolltilførselen stemmer overens med NHOs kommentar, og følgelig at budskapet er at man fortsatt kan legge vekt på eldre rettspraksis om tilsvarende bestemmelse.

Videre presiseres det i kommentaren at man ikke er forpliktet til å følge ansienniteten, men at dette må inngå som et moment ved saklighetsvurderingen. Som eksempler på saklige grunner for fravikelse av ansiennitetskriteriet, nevner kommentarene ”*formell kompetanse, personlig dyktighet, anvendelighet og sosiale forhold (alder, forsørgelsesbyrde, muligheter for annet arbeid mv.)*”, se mer om disse andre kriteriene under.

Når det kommer til forskjellen på bedrifter som er bundet eller ikke av tariffavtale, vil dette være avgjørende for betydningen av et ansiennitetsprinsipp. Dersom en bedrift ikke er bundet av tariffavtale som regulerer ansiennitetsspørsmålet, må en ansatt ha 10-15 års ansiennitetstid for at denne skal kunne tillegges betydning som et selvstendig hensyn. Videre kreves det mer av forskjellen mellom arbeidstakerne for at dette skal kunne tillegges selvstendig betydning.¹²¹ Eksempel på at ansiennitet tillegges vekt uten at særskilt grunnlag forelå finner vi i Rt. 1966 s. 393. Her hadde arbeidstakeren vært ansatt i 28 år.

Når en bedrift er bundet av tariffavtale med ansiennitetsprinsipp, skal det mindre til både i forhold til ansettelsestid og i forhold til forskjellen arbeidstakerne i mellom for at dette kan tillegges vekt. Her vil det ikke være noe krav om betydelige forskjeller.

I begge tilfeller må man foreta en helhetsvurdering der andre kriterier veier tyngre jo mindre forskjellene er i ansiennitetsspørsmålet.¹²² Se for eksempel Rt. 1996 s. 1401: Ved gjennomføringen av omorganisering og rasjonalisering ble en ansatt sagt opp til tross for lengst ansiennitetstid, på grunn av dennes eget forhold. Det ble her lagt vekt på arbeidstakerens *manglende lojalitet* (alminnelig ulovfestet lojalitetsplikt) til bedriften, da

¹²⁰ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹²¹ Fougner 2003 s. 264 flg.

¹²² Fougner 2003 s. 264 flg.

hun var daglig leder i et konkurrerende selskap. Dette veide tyngre enn at hun hadde lengst ansiennitet av de hun konkurrerte om stillingen med .

Man kan også tenke seg at en bedrift er sedvanerettslig forpliktet til å følge ansiennitetsprinsippet, men man må nok kreve meget klare holdepunkter for at dette skal foreligge.¹²³

For at en bedrift ikke skal låse seg til bruk av kun ansiennitetsberegning ved utvelgelse av arbeidstakere, er det vanlig å innta forbehold i en nedbemanningsavtale om at ansiennitet kan fravikes dersom saklig grunn foreligger. Dette er altså gjort i Ha. § 9-12.¹²⁴

Også bedriftens økonomi kan påvirke muligheten til å fravike ansiennitetsprinsippet. Vanskelig økonomi kan tale for at andre hensyn vil veie tyngre, og motsatt. Grunnen til dette er at det i en bedrift med god økonomi er bedre muligheter til å gi arbeidstakere, som ikke blir oppsagt, den nødvendige opplæringen som skal til for å kunne utføre nye arbeidsoppgaver. Dette vil igjen påvirkes av hvor store ansiennitetsforskjellene er.¹²⁵

Når det gjelder selve ansiennitetsberegningen, kan det tenkes ulike alternativer for hvordan denne utføres. I kommentarene til Ha. § 9-12 listes det opp ulike forhold som kan tenkes å by på problemer ved en slik beregning. Slike forhold er deltidsansettelse i forhold til fulltidsansettelse, betydningen av permisjoner, betydningen av fratredelse etterfulgt av nyansettelse mm. Uten å gå inn i alle tenkelige problematiske situasjoner, oppsummerer kommentarene med: *”Det vil her være avgjørende hva som er hensiktsmessig og fornuftig (saklig) og ikke minst hvilke prinsipper man tidligere har lagt til grunn ved permitteringer eller oppsigelser. Dersom partene lokalt kan bli enige om hvorledes ansienniteten i denne forbindelse skal håndteres, vil det selvsagt være av stor betydning”*. Merk at det legges vekt på tidligere praksis i bedriften, da dette får betydning for å sikre ensartet behandling av arbeidstakerne.

¹²³ Fanebust 2000 s. 175

¹²⁴ Fanebust 2000 s. 181

¹²⁵ Fanebust 2000 s. 181og182

Et problem som går igjen i rettspraksis, er hvordan man skal forholde seg til opphold i arbeidsforholdet. I Rt. 1962 s. 6 uttaltes det at avbrudd som ikke representerte en ”klar avslutning” av arbeidsforholdet ikke avbrøt opptjening. Arbeidstakeren hadde i løpet av tjueen år bare hatt ett kortere avbrekk, som dessuten skyldtes forhold på arbeidsgiversiden. Men når oppholdet blir mer markant, vil domstolene være mer tilbøyelige til å se det som ett brudd i ansiennitetsperioden. Se for eksempel NAD 1981-83.725 Nordre Sunnmøre, hvor en arbeidstaker først hadde vært ansatt i fire år, vært borte i to, for så å jobbe i tre år for bedriften. Ansienniteten ble beregnet kun for den siste perioden.

Betydningen av enighet på lokalt plan understrekes i Rt. 2001 s. 71. Saken gjaldt uenighet om ansiennitetsberegning ved oppsigelse av arbeidstakere fra flyttbar plattform i Nordsjøen. På dommens side 82, uttales følgende: ”*Jeg er enig i at det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelse som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet*”.

I Rt. 1986 s. 879, hvor fire kvinnelige arbeidstakere var oppsagt og ansiennitetsprinsippet var fraveket, legges det til grunn at en forskjell i ansettelsestid på mellom 2 og 4 år ikke er å anse som noen forskjell av betydning. Selv om partene ikke er medlemmer av LO og NAF (nå NHO), går dommen ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger generelt. Og Hovedavtalens (1986-89) § 9-9 (nå § 9-12) brukes også som et eksempel på at også andre hensyn kommer i betraktning under ellers like vilkår, nå forandret til fravikelse ved saklig grunn. Ved siden av ansettelsestid og kvalifikasjoner, kunne det legges vekt på alder og sosiale forhold.

Ved mindre forskjell i ansiennitet vil vel arbeidsgivers særlige plikt til å ta spesielle hensyn i forhold til eldre arbeidstakere, se pkt. 2.6.1, kunne føre til at den med lengst ansiennitet må gå.

Når det gjelder hvilke hensyn som taler for bruk av ansiennitetskriteriet, blir det lagt vekt på arbeidsgivers og arbeidstakers felles interesse i at en som allerede kan jobben får fortsette i den, dette gjelder for stillinger som preges av selvstendighet og ansvar. Dersom

stillingen ikke krever noe særlig opplæring eller erfaring legges det vekt på at den ansatte bør få betalt for den tiden han har ”investert” i bedriften.¹²⁶

I kommentarene til hovedavtalen sies det at: ”...*Ansiennitet er det eneste kriteriet som fremstår som ”objektivt” og som derfor er lettest å forstå og akseptere for de tillitsvalgte og for de som rammes*”.¹²⁷

Det hevdes også at ansiennitetsprinsippet stemmer overens med forarbeidenes vekt på at saklighetskriteriet skal være en rettslig standard, og dermed følge den sosiale utviklingen i samfunnet forøvrig.¹²⁸ Det er nok akseptert at en arbeidsgiver har et særlig ansvar for lojale arbeidstakere, og dette blir dermed en del av samfunnets sosiale utvikling.¹²⁹ Videre kan det vel hevdes at en arbeidstakers lange tjenestetid ved bedriften, i seg selv er en presumpsjon for at denne er en god arbeidstaker.

Dersom en bedrift kan vise at ansiennitetsprinsippet er fulgt konsekvent ved en nedbemanningsprosess, kan oppsigelsene vanskelig angripes som usaklige. Med mindre særskilt grunnlag for å følge et annet kriterium foreligger. Dette må også gjelde dersom dette prinsippet er lagt til grunn ved utvelgelse blant arbeidstakere som etter andre saklige kriterier, slik som kvalifikasjonskriterier, stiller likt i konkurransen om de aktuelle stillinger.¹³⁰

2.6.3 Arbeidstakers kvalifikasjoner

Kvalifikasjonskriteriet omtales vanligvis som ett av to hovedkriterier ved utvelgelsen, ved siden av ansiennitetskriteriet. Vanlige eksempler på hvordan man kan rangere arbeidstakere etter kvalifikasjoner, er å liste de opp etter formell kompetanse, relevant yrkeserfaring, personlig dyktighet, egnethet og anvendelighet i stillingen. Også kvalifikasjonskriteriet blir ansett som å være relativt objektivt. I denne fremstillingen er

¹²⁶ Fanebust 2000 s. 96

¹²⁷ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹²⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72

¹²⁹ Fanebust 2000 s. 97

¹³⁰ Fanebust 2002 s. 262

forhold som ikke har direkte betydning for utførelsen av arbeidsoppgaver, skilt ut under pkt. 2.6.4 ”arbeidstakers egnethet”.

I NHOs kommentarer til Hovedavtalen regnes formell kompetanse opp som et av flere saklige utvelgelseskriterier.¹³¹ Men hverken etter Ha. eller aml. har arbeidsgiver noen plikt til å legge dette kriteriet til grunn for utvelgelsen.

I følge Rt. 1986 s. 879, s. 888, kan det i utvelgelsesprosessen legges vekt på arbeidstakerens kvalifikasjoner i forhold til bedriftens behov. Og inn under dette kriteriet tas det i dommen hensyn til kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet, både generelt eller i forhold til mer konkrete oppgaver. Men det kreves at man hele tiden vurderer kvalifikasjonene opp mot bedriftens behov.

Her må man forstå uttrykket kvalifikasjoner i vid betydning, og inkludere forhold som fysisk og psykisk skikkethet. Og videre kan man ikke anvende en minstestandard eller minstekrav i forhold til stillingene, men heller en rangering av arbeidstakerne. I dette ligger det at man derfor godt kan si opp en arbeidstaker som oppfyller minstekravene rent kvalifikasjonsmessig til en stilling, dersom man har valgt å legge kvalifikasjonskriterier til grunn, så lenge andre arbeidstakere er enda bedre kvalifisert. Her bør man merke seg at forhold hos arbeidstaker som ikke ville gitt tilstrekkelig saklig grunn til å si opp denne på grunn av dens egne forhold, blir utslagsgivende i en utvelgelsesprosess ved oppsigelse på grunn av forhold på arbeidsgiversiden.¹³² Sammenlign med vurderingen under pkt. 2.4.1, hvor det i utgangspunktet holder å oppfylle minstekrav til stillingen.

Videre sies det i dommen at selv om man kan rette på manglende kvalifikasjon med opplæring av de ansatte, taler sterke hensyn mot å bytte ut arbeidere som allerede er fortrolige med en avdelings forskjellige oppgaver. Når da bedriften i en vanskelig situasjon velger å si opp de aktuelle uten å gi de opplæring eller uten og omplassere dem til en annen avdeling, er dette ikke til hinder for at oppsigelsen er saklig begrunnet. Se pkt. 2.4.1 ”annet passende arbeid”.

¹³¹ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹³² Fanebust 2002 s. 259

En arbeidstaker kan etter anvendelsen av dette kriteriet unngå oppsigelse, uten at arbeidstakeren nødvendigvis oppfyller de *minstekrav* som stillingen setter.¹³³ Men arbeidsgiver vil ikke i en slik situasjon ha noen plikt til å beholde arbeidstakeren, jf. pkt. 2.4.1.

I NAD 1984-85.312 Eidsivating fremheves det at man ved nedleggelse av deler av virksomheten må kunne legge vekt på sikre seg kvalifisert personale til de forskjellige typer arbeidsoppgaver i fremtiden, og kombinere bruk av kvalifikasjonskriteriet med vektlegging av ansiennitet og alderssammensetning. Her legges det vekt på at i en situasjon med masseoppsigelser er bedriften særlig sårbar, og at omflyttinger og opplæringsperioder av de ansatte vil være en belastning for bedriften som den kanskje ikke kan bære i en slik situasjon.

I Rettspraksis finnes det eksempler på at arbeidstaker som er best kvalifisert må vike for en dårligere kvalifisert arbeidstaker dersom kvalifikasjonsmanglene hos den andre arbeidstaker skyldes mangelfull opplæring i bedriften. I slike tilfeller har bedriften måtte beholde den dårligst kvalifiserte, og sørge for å iverksette opplæringstiltak fremfor å si opp den dårligst kvalifiserte. Som eksempel på dette kan nevnes NAD 1987.429 Stavanger. Unntak fra dette igjen kan tenkes dersom bedriften er i en vanskelig økonomisk situasjon. Man må da se på omfanget av opplæringsbehovet, opp mot bedriftens økonomi. Slik at man ikke kan kreve opplæring dersom bedriftens økonomiske situasjon er meget dårlig.¹³⁴

2.6.4 Arbeidstakers egnethet

Her er det personlige egenskaper hos arbeidstakeren som ikke har direkte betydning for utførelsen av egne arbeidsoppgaver som er av interesse. Følgelig blir grensen mellom ”arbeidstakers kvalifikasjoner” og ”arbeidstakers egnethet” relativt uskarpt.

¹³³ Fanebust 2000 s. 173

¹³⁴ RG 1992.1167

I NHOs kommentarer til Hovedavtalen regnes ”personlig dyktighet” opp som et av flere mulige saklige utvelgelseskriterier, ved siden av bla formell kompetanse.¹³⁵ I denne fremstillingen finner jeg det naturlig å plassere dette under arbeidstakers egnethet.

Eksempler på forhold som kan gå inn under arbeidstakers egnethet som en del av saklighetsvurderingen, kan være forhold som fravær, punktlighet og samarbeidsevner. Slike forhold kan få stor betydning uten at de er så grove at de i seg selv kvalifiserer til saklig oppsigelse på grunn av arbeidstakers eget forhold.¹³⁶

For at slike forhold skal kunne tillegges betydning ved saklighetsvurderingen må arbeidstaker ha fått advarsel eller beskjed på annen måte som gjør det klart at arbeidsgiver mener det foreligger pliktbrudd, med oppfordring til arbeidstaker om å rette på forholdet. Videre må arbeidstaker gjøres oppmerksom på at det kan få konsekvenser for arbeidsforholdet dersom slik endring ikke gjennomføres.¹³⁷ I utgangspunktet gjelder dette ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers eget forhold, men dersom man anerkjenner arbeidstakers egnethet som et relevant moment ved saklighetsvurderingen bør slike forhold kunne tillegges vekt ved i en utvelgelsesprosess. Se også under pkt. 2.3.4 om drøftelse av forhold som ordrenekt og fravær.

Dersom motsetningsforhold mellom ansatte trekkes inn i vurderingen må det kreves dokumentasjon både for at motsetningsforholdet er reelt og for at omleggingen i bedriften er påkrevd, da det kan være fare for at ønske om å ”bli kvitt ” en ansatt er den reelle begrunnelse.¹³⁸

I rettspraksis finnes det eksempler på arbeidstakers egnethet har blitt avgjørende i en utvelgelsesprosess. I LARD 1980.34, støttes oppsigelse av en saksbehandler som hadde samarbeidsproblemer med avdelingssjefen, fremfor å si opp en annen saksbehandler med noe lengre ansiennitet men dårligere utaning og praksis. Og i NAD 1987.464 Stavanger,

¹³⁵ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹³⁶ Fougner 2003 s. 260

¹³⁷ Rettsdata note 573 om aml. § 15-7

¹³⁸ Fanebust 2000 s. 173

legger retten ved en samlet vurdering vekt på at den oppsagte arbeidstakeren var uønsket som samarbeidspartner av en bedriftens største kunder.

Om virksomhetens øverste leder se pkt. 2.6.8 under. Men hva angår disses personlige egenskaper er det vel liten tvil om at disse vil ha særlig stor betydning for bedriften, og slik sett vil det være sterkere grunn til å vektlegge slike egenskaper hos ledere enn hva de vanlige arbeidstakerne. Men her som ellers må man selvfølgelig også forholde seg til det alminnelige kravet om saklighet, men altså med en utvidet adgang til å vektlegge personlige egenskaper.¹³⁹

Dette kriteriet kan være vanskelig å håndtere i praksis, da det er vanskelig og foreta objektive observasjoner om arbeidstakernes egnethet. Hvordan man for eksempel skal måle punktlighet og samarbeidsevner opp mot hverandre kan by på problemer i praksis. Men dette vil altså inngå som ledd i en helhetsvurdering, hvor avveining av de ulike momentene samlet sett ikke nødvendigvis er så problematisk som avveiningen mellom de ulike momentene rent teoretisk.

2.6.5 Alder

At man kan ta hensyn til alder ved en utvelgelsesprosess kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1986 s. 879, hvor alder listes opp som et av flere saklige utvelgelseskriterier. Også i Rt. 1966 s. 393 legges det vekt på alder som et moment i den samlede saklighetsvurderingen.

Etter at lovbestemt aldersgrense i aml. § 15-7, 4, 70 år, er oppnådd, gir dette i seg selv saklig grunn for oppsigelse, og dermed også ved en utvelgelsesprosess. Men også før denne aldersgrensen er oppnådd kan man legge vekt på arbeidstakerens alder.

Det alminnelige utgangspunkt når alder tas med som et utvelgelseskriteriet er at det skal tas særlige hensyn til eldre arbeidstakere. Særlig dersom disse også har lang ansiennitet. Med eldre arbeidstakere mener man vanligvis arbeidstakere over 55 år.¹⁴⁰

¹³⁹ Fougner 2003 s. 261

¹⁴⁰ Fougner 2003 s. 262

Men aldersmomentet kan også tale for å beholde yngre arbeidstakere. I lagmannsrettens dom L.nr. 11B/1967 (Støttes av Rt. 1967 s. 91) blir alder brukt som et av momentene som taler for at en arbeidstaker på 66 år blir oppsagt, da denne har to år igjen til han får utbetalt full pensjon. Dette sammenlignes med yngre arbeidstakere som må ut å konkurrere på arbeidsmarkedet dersom de blir oppsagt. Aldersmomentet knyttes i dommen også opp til sosiale momenter som forsørgelsesbyrde og økonomisk situasjon for øvrig.

Yngre arbeidstakere kan også ellers få beholde jobben til fortrenghet for eldre arbeidstakere som et resultat av vurderingen av kvalifikasjoner eller egnethet mellom andre aktuelle arbeidstakere. Ut fra en konkret vurdering vil det kunne være saklig grunnlag for å beholde en yngre arbeidstaker, på grunn av kvalifikasjoner eller personlig egnethet, til fortrenghet for arbeidstakere med høy alder eller lang ansiennitet. I slike tilfeller må omplassering av den eldre arbeidstakeren vurderes nøye, samt at bedriftens økonomi og nødvendigheten av å beholde den yngre arbeidstakeren med tanke på fremtidig drift blir tatt med i vurderingen.¹⁴¹ Som en del av denne vurderingen kan også hensynet til en forsvarlig alderssammensetning vektlegges.¹⁴² En slik vektlegging av alderssammensetningen vil jo kunne tenkes å slå ut begge veier både i forhold til yngre og eldre arbeidstakere. Men jeg vil nok tro at domstolene vil være mer tilbøyelige til å anvende et slikt kriterium til fordel for eldre arbeidstakere enn til fordel for yngre. Dette fordi den tradisjonelle oppfatning er at man alltid skal ta hensyn til eldre arbeidstakere.

Se også under pkt. 2.4.2 hvordan alder kan komme inn som en del av avveiningen mellom partenes interesser.

2.6.6 Sosiale og menneskelige forhold

Sosiale og menneskelige forhold som kan tenkes å få betydning for saklighetsvurderingen kan være forsørgelsesbyrde, sykdom, yrkesskade, mobilitet, særlige

¹⁴¹ Fougner 2003 s. 265

¹⁴² NAD 1984-85.312 Eidsivating

gjeldsforhold, redusert mulighet til å få annen jobb blant annet på grunn av språkproblemer, spesialtilpassede arbeidsbetingelser, graviditet.¹⁴³

I Rt. 1966 s. 393 blir lagt vekt stor vekt på forsørgelsesbyrde og sykdom hos arbeidstaker i spørsmålet om denne er lovlig oppsagt. I den konkrete saken førte blant annet disse forhold til at oppsigelsen ikke ble ansett å ha saklig grunnlag, da bedriften burde gjort en ekstra innsats for å unngå oppsigelse av en ansatt i en slik situasjon.

I Rt. 1986 s. 879 vurderes en ansatts alder inn under sosiale hensyn. Den ansatte er 64 år, og retten mener det er saklig å legge vekt på den ansattes begrensede muligheter, i forhold til de yngre arbeidstakernes, til å få nytt arbeid. Dette kommer i dommen særlig inn som ett moment under drøftelsen i § 60 nr. 2 (nå § 15-7,2). (Se under punkt 2.4.2.) Videre kan man i følge dommen som ett moment som taler mot oppsigelse utelukkende påberope at en ansatt er eneforsørger, uten at dette er til hinder for sakligheten. Det bemerkes i dommen at slike hensyn ikke er i strid med likestillingsloven så lenge de er kjønnsnøytrale.

Arbeidstakers forsørgelsesbyrde avhenger i tillegg til egen økonomi, av om vedkommende har ektefelle i lønnet arbeid. Selv om dette har vært trukket inn i eldre dommer, er det ikke gitt at man kan ta hensyn til dette i dag. Dette fordi det kan rammes av likestillingsloven, se dennes §§ 3 og 4, som forbyr handlinger som favorittiserer et av kjønnene. En slik ekstra hensyntagen til arbeidstakere som ikke har ektefelle i lønnet arbeid vil kanskje oftere føre til at menn får beholde jobben til fortrenghet for kvinner, og vil kanskje derfor bli ansett å være i strid med likestillingslovens bestemmelser.

For at forsørgelsesbyrde eller personlig formue skal kunne tillegges vekt ved en helhetsvurdering, må forskjellene i følge Jakhelln være ”vesentlige”.¹⁴⁴ Mens Fanebust mener at disse forholdene ikke nødvendigvis er underordnet et ansiennitetsprinsipp, og mener følgelig at man ikke kan stille like store krav til forskjellene.¹⁴⁵

¹⁴³ Fougner 2003 s. 261-262

¹⁴⁴ Jakhelln 2005 s. 379 flg.

¹⁴⁵ Fanebust 2000 s. 183

At sosiale forhold kan inngå som moment i en saklighetsvurdering legges også til grunn i NHOs kommentarer til Hovedavtalen, hvor alder, forsørgelsesbyrde, muligheter for annet arbeid listes opp som eksempler.¹⁴⁶

2.6.7 Kjønn

Kjønn kan antagelig vektlegges i en utvelgelsesprosess for å sikre en forsvarlig kjønnssammensetning.¹⁴⁷ Jeg vil nok tro at dette kun vil godtas som et relevant moment sent i prosessen. Slik at man har trukket opp hovedlinjene for utvelgelsesprosessen ved bruk av andre kriterier, men kan vektlegge kjønn ved den endelige utvelgelsen. Her vil jeg også tro at en vektlegging på arbeidstakernes kjønn for ikke å bryte med kravet om saklighet, kun vil kunne tillegges vekt dersom forskjellen etter de andre kriteriene er relativt små. Her må man også huske på at man ved utvelgelse som i for stor grad baserer seg kun på kjønn, fort kan tenkes å komme på kant med likestillingslovens bestemmelser som forbyr diskriminering mellom kjønnene. At likestillingslovens bestemmelser får anvendelse også i forhold til arbeidsmiljøloven, kommer til uttrykk i aml. § 13-1,4.

2.6.8 Virksomhetens øverste leder

Ofte vil omorganiseringer og spesielt nedbemanninger få konsekvenser for virksomhetens øverste leder. Dette kan skyldes ulike grunner som for eksempel at en ny leder vil være bedre egnet til å sikre forsvarlig drift av selskapet generelt, eller ønske om ny kompetanse på ledersiden av selskapet. Slike prosesser, bytte av øverste leder, bør kunne gå så smidig og raskt som mulig.¹⁴⁸

Øverste leder omfattes av arbeidsmiljøloven, jf. aml. § 1-8, og har dermed i utgangspunktet samme stillingsvern som andre arbeidstakere. Men ettersom det stilles strenge krav til ledere, både i forhold til utførelse av oppgaver og tillit fra styret, har ledere

¹⁴⁶ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹⁴⁷ Fougner 2003 s. 262

¹⁴⁸ Fougner 2003 s. 223

i praksis ett dårligere stillingsvern. Det skal altså mindre til før man blir oppsagt. Ofte vil det heller ikke finnes annet passende arbeid innad i bedriften.¹⁴⁹ Men øverste leder kan som andre arbeidstakere tilbys mindre attraktivt arbeide, jf. pkt. 2.4.1.

Det at virksomhetens øverste leder kan sies å ha et dårligere stillingsvern enn andre arbeidstakere må sees i sammenheng med at øverste leder kan avtale seg bort fra stillingsvernet etter aml. kapitel 15, mot etterlønn jf. § 15-16,2. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er behovet for rask og effektiv utskiftning av ledere dersom bedriften har behov for dette. Dessuten har ikke ledere behov for samme vern som underordnede arbeidstakere, da ledere vanligvis har en sterkere posisjon i arbeidsmarkedet generelt. Ledere har vanligvis også en sterk forhandlingsposisjon både ved tiltredelse til og fratredelse fra arbeidsforhold, og følgelig vil man kompensere for et dårligere stillingsvern ved ta hensyn til dette i arbeidsavtalen slik at de uheldige virkningene av en oppsigelse begrenses.¹⁵⁰

2.6.9 Prøvetidsansattes stilling

Når man står ovenfor en nedbemanningssituasjon, kan man tenke seg at en del av arbeidsstokken er ansatt på prøvetid. Spørsmålet her blir om arbeidsgiver kan legge vekt på at arbeidstakere er ansatt på prøvetid, og si opp disse før de som har fullført prøvetiden. Den sentrale bestemmelse om prøvetidsansattes oppsigelsesvern er aml. § 15-6,1: *”Blir arbeidstaker som skriftlig er ansatt på en bestemt prøvetid, sagt opp, må oppsigelsen være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet”*. Og videre i § 15-6,2: *”Bestemmelsene i paragrafen her innskrenker ikke arbeidsgivers rett til å si opp arbeidstaker etter § 15-7”*. Dersom man sammenholder første og andre ledd, blir regelen at en oppsigelse begrunnet i andre forhold enn tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet eller pålitelighet, må være saklig begrunnet etter den alminnelige normen i § 15-7 for og være gyldig.¹⁵¹ Får å unngå at prøvetidsansatte får beholde jobben, på grunn av

¹⁴⁹ Fougner 2003 s. 224

¹⁵⁰ Fougner 2003 s. 224

¹⁵¹ Fougner 2003 s. 212

bedre kvalifikasjoner enn de som er ferdig med denne perioden, mens andre må gå, er det vanlig i praksis at de prøvetidsansatte må gå før de andre ansatte som har gjennomført prøvetiden.¹⁵² Siden dette er vanlig i praksis, finner jeg det naturlig å plassere dette momentet her, og ikke under stillingsvernet. Dette fordi det faktum at en arbeidstaker ikke har fullført prøvetiden vil være et saklig kriterium ved utvelgelsen. Resultatet vil vanligvis stemme overens med bruk av ansiennitetskriteriet, da ansatte som ikke har fullført prøvetiden naturlig nok blir de med lavest ansiennitet. Den praktiske forskjellen vil kanskje først og fremst kunne få betydning i valget mellom prøvetidsansatte og ansatte som har hatt et brudd i ansiennitetstiden. I slike tilfeller vil prøvetid som eget kriterium komme fast ansatte med brudd i ansiennitetstiden til gode. Dette siste momentet har nok liten praktisk betydning. Derimot vil nok kombinasjonen mellom vektlegging på prøvetid og kvalifikasjoner kunne tenkes å få større praktisk betydning.

2.6.10 Midlertidig ansattes stilling

Hovedregelen er at arbeidsforhold er faste og tidsubestemte, jf. aml. 14-9,1,1, men at tidsbegrensede avtaler kan inngås etter aml. § 14-9,1,2. De midlertidig ansatte har et svakere stillingsvern en vanlig ansatte, da arbeidsforholdet automatisk opphører når den avtalte tiden er ute, eller oppdraget er utført. Se eventuelt bestemmelsens femte ledd.

Videre blir spørsmålet om midlertidige ansattes vern mot å sies opp før tiden er ute eller oppdraget utført, fører til at de heller ikke kan sies opp ved en nedbemanningssituasjon.¹⁵³ Det må foreligge nokså klare holdepunkter i avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker for immunitet mot virkningen av generelle nedbemanninger dersom resultatet skal bli at den midlertidig ansatte har et slikt særskilt vern. Hensynet til virksomhetens øvrige ansatte taler for en slik løsning. Videre taler også det faktum at de midlertidig ansatte i utgangspunktet har et svakere stillingsvern, for at disse må kunne sies opp ved en nedbemanningssituasjon. Derfor vil det være den vanligste løsning at de

¹⁵² Fougner 2003 s. 213

¹⁵³ Fougner 2003 s. 213

midlertidig ansatte må fratre stillingene før de som er fast ansatt, med mindre det foreligger helt klare holdepunkter for det motsatte.¹⁵⁴

2.6.11 Svangerskap og fødsel

Bestemmelsen i aml. § 15-9 etablerer et spesielt oppsigelsesvern for gravide arbeidstakere, og for arbeidstakere som har fravær på grunn av fødsel eller adopsjon. Arbeidsmiljølovens § 15-9,1,1 lyder: ”*Arbeidstaker som ar gravid kan ikke av den grunn sies opp*”. Det at bestemmelsen bruker uttrykket ”*av den grunn*”, betyr at arbeidstaker kan sies opp av andre grunner, for eksempel innskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak.¹⁵⁵

Dersom en bedrift legges ned, kan en arbeidstaker med fravær på grunn av fødsel eller adopsjon sies opp med virkning først fra utløpet av den tid arbeidstakeren har rett til å være borte. I en slik situasjon vil arbeidstakeren ha krav på lønn, men kan ikke kreve å få utføre arbeid.¹⁵⁶

Forbudet mot oppsigelse av permitterte arbeidstakere etter aml. § 15-9,2 er absolutt, og omfatter følgelig alle permisjon gitt på bakgrunn av aml. §§ 12-2, 12-3, 12-4 og 12-5. Dette inkluderer også fars eventuelle permisjon etter aml. §§ 12-3 eller 12-5. Dette betyr at heller ikke andre oppsigelsesgrunner enn fraværet på grunn av de ovenfor nevnte årsaker aksepteres. Arbeidstaker må ha opplyst om grunnen til fraværet for å være vernet av bestemmelsen, jf. § 15-9,2. Arbeidstaker kan motta oppsigelsen i denne perioden, men oppsigelsesfristen vil ikke begynne å løpe før etter perioden. Derimot kan fristen løpe både før og etter permisjonen.¹⁵⁷

I tillegg til at gravide arbeidstakere beskyttes av dette spesielle vernet, vil det forhold at en arbeidstaker er gravid også ha betydning ved interesseavveiningen etter aml. § 15-7,2. Dette fordi det vil være vanskeligere for gravide arbeidstakere å finne annet arbeid, enn hva det vil være for arbeidstakere som ikke er gravide. Dessuten vil en oppsigelse være

¹⁵⁴ Fougner 2003 s. 214

¹⁵⁵ Fanebust 2002 s. 219

¹⁵⁶ Fanebust 2002 s. 219

¹⁵⁷ Fougner 2003 s. 220

en særlig personlig belastning, som bør unngås under graviditeten. Videre vil det ofte kunne stilles spørsmål om sakligheten av oppsigelse av gravide arbeidstakere, fordi disse i alle fall snart skal ut i permisjon som ofte fører til at arbeidsgiver ikke har noen lønnsutgifter ved å ha dem ansatt. I et slikt tilfelle må man vurdere situasjonen på nytt når arbeidstaker skal tilbake i arbeidet.¹⁵⁸

2.6.12 Sykdom

Arbeidsmiljøloven §15-8,1 gir særskilt beskyttelse mot oppsigelse ved sykdom: *”Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte”*. Arbeidstakeren kan altså sies opp av andre grunner, som ikke har direkte sammenheng med sykdommen. Arbeidsgiveren kan etter at arbeidstakeren har gjenopptatt arbeidet og etter verneperioden på 12 måneder, påberope sykdommen sett i sammenheng med fare for nytt fravær, og denne fare må kunne dokumenteres. Dette blir spesielt aktuelt ved nedbemanning, da arbeidsgiver naturlig ønsker å kvitte seg med de dårligst egnede arbeidstakerne.¹⁵⁹

Fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1985 s. 577, hvor en arbeidstaker ble sagt opp etter 6 år med leddgikt. Oppsigelse er i disse tilfellene siste utvei, dersom man ikke finner andre løsninger. Selv om dette eksempelet gjaldt en ordinær oppsigelse, vil de samme hensyn måtte kunne anses saklig ved en nedbemanningssituasjon.

Når arbeidstakeren ikke lenger er vernet etter § 15-8, har den ansatte selvsagt sitt ordinære oppsigelsesvern etter aml. § 15-7 i behold. Denne regelen gir ikke en syk arbeidstaker noe sterkere vern enn andre i en nedbemanningssituasjon. En syk arbeidstaker kan velges ut til å bli oppsagt etter samme kriterier som de friske arbeidstakerne vurderes etter. Så lenge disse kriteriene er saklig og konsekvent benyttet, kan en syk arbeidstaker ikke motsette seg en oppsigelse.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Fougner 2003 s. 219

¹⁵⁹ Fanebust 2002 s. 223 og Fougner 2003 s. 215

¹⁶⁰ Fougner 2003 s. 216

Men her må man også huske de andre avveiningene som kommer inn ved saklighetsvurderingen. I Rt. 1966 s. 393 var sykdom et moment som talte mot saklig grunnlag for oppsigelse. Dette fordi oppsigelse vil være en stor belastning for arbeidstakeren i en slik situasjon, og bedriften bør søke og finne en annen løsning enn oppsigelse.

Sykdom kan altså komme inn som et eget kriterium eller som et relevant moment både i forhold til avveiningen beskrevet i pkt. 2.4.2 og sosiale og menneskelige forhold.

2.6.13 Militærtjeneste

Arbeidsmiljøloven § 15-10,1 gir arbeidstakere som har permisjon etter aml. § 12-12 for å gjennomføre militærtjeneste, vern mot oppsigelse på grunn av slik permisjon. Arbeidstakeren kan heller ikke utenfor permisjonsperiodene sies opp på grunn av slik tjeneste, jf. § 15-10,1,2. Heller ikke vernet etter § 15-10 hindrer oppsigelse av andre grunner, for eksempel ved en nedbemanningssituasjon, men utelukker bruk av den angitte tilknytningen til forsvaret som oppsigelsesgrunn.¹⁶¹

2.6.14 Politiske og religiøse syn

Hverken politiske eller religiøse syn kan trekkes inn ved en vurdering av hvilke ansatte som skal sies opp.¹⁶² Dersom slike hensyn kunne legges til grunn når oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetssiden, ville dette kunne kamuflere ulovlige oppsigelser ved å legge begrunnelsen over på virksomhetssiden.¹⁶³ Men som i forhold til de andre kriteriene er det sakligheten som er sentral, og man kan kanskje tenke seg situasjoner som både er innenfor bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 15, og samtidig går klar av diskrimineringsbestemmelsene i kapittel 13.

¹⁶¹ Fougner 2003 s. 223

¹⁶² Fanebust 2000 s. 108

¹⁶³ Fanebust 2000 s. 172

2.7 Utvelgelsen

Når arbeidsgiveren har kartlagt situasjonen på både virksomhetssiden og arbeidstakersiden, kanskje etter flere drøftinger med de tillitsvalgte, og utvelgelseskriteriene er definert, kommer selve utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Hele denne prosessen er som vi har sett meget sammensatt. Drøftingene må skje på riktig måte, forhold hos partene må kartlegges, vurderinger om hvorvidt arbeidsgiver kan tilby annet passende arbeid, avveining av partenes interesser og selve utvelgelsen må samlet sett være saklig for at oppsigelsene skal kunne sies å være gyldige. Dette er altså ikke en prosess hvor man kan begynne i den ene enden og krysse av for hvert gjennomførte punkt, men man må hele tiden forholde seg til hele prosessen. Mange av de samme momentene kan som vi har sett komme inn flere steder i vurderingen, og arbeidsgiver må følgelig være forberedt på at en oppsigelses saklighet vil kunne angripes fra ulike sider. Nettopp det at prosessen er så sammensatt gjør at man arbeidsgiver bør begynne med å tenke på hvilke stillinger eller arbeidsoppgaver som må fjernes, og så deretter begynne å se på arbeidstakerne. Videre bør nok spesielt selve utvelgelsen og kravene i aml. § 15-7,2 vurderes parallelt, slik at sjansen for at arbeidsgiver må begynne utvelgelsen forfra igjen reduseres. I tråd med dette vil det også være en stor fordel for arbeidsgiver å velge så objektive utvelgelseskriterier som mulig, for å gjøre prosessen enkel. Bruk av så objektive kriterier som mulig letter også arbeidsgivers mulighet til å bevise at vurderingen er saklig. Parallelt med at det reduserer faren for bruk av vikarierende motiver. Men her må man også huske på at en litt tyngre prosess kanskje kan føre til at man beholder en bedre arbeidsstokk ved endt prosess.

Når det gjelder sakligheten ved selve utvelgelsen, må retningslinjene for valget av arbeidstakere i seg selv være ”akseptable”, men i tillegg må disse anvendes korrekt. Dersom slike valgte retningslinjer eller utvelgelseskriterier er anvendt feil, kan oppsigelsen bli underkjent av domstolene.¹⁶⁴ At arbeidsgiveren må forholde seg til saklighetskravet i aml. § 15-7 ved avgjørelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp understrekes i Rt. 1986 s. 879, s. 886: ”Ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp, gir

¹⁶⁴ Fanebust 2000 s. 169

ordlyden i § 60 nr. 2 ikke direkte veiledning, men et saklighetskrav vil selvsagt gjelde også her”. Saklighetskravet gjelder som før nevnt både i forhold til hver enkelt arbeidstaker og i forhold til den helhetsvurdering som utvelgelsesprosessen er en del av. Videre understrekes det på side 887 i dommen at retten legger vekt på at bedriften har ”holdt seg til de anførte kriterier” ved utvelgelsen.

I NHOs kommentarer til Hovedavtalen presiseres det, etter at mulige saklige utvelgelseskriterier er listet opp, at ”utvelgelsen må foretas ut fra en samlet vurdering av alle saklige forhold”. Og videre: ”Det anbefales at partene på den enkelte bedrift søker å oppnå enighet om prinsippene ved utvelgelsen. En avtale med de tillitsvalgte om å legge avgjørende vekt på det ene eller det andre moment vil i seg selv ikke være av gjørende i forhold til den enkelte ansatte, men vil naturlig nok være av vesentlig betydning ved en senere vurdering av saklighetsvurderingen”.¹⁶⁵ At domstolene legger vekt på slik enighet mellom partene ved saklighetsvurderingen har vi tidligere sett ett eksempel på i Rt. 2001 s. 71, se pkt. 2.2.1 og 2.6.2. Her finner jeg det naturlig å minne om at arbeidsgiver ikke kan overlate utvelgelsen til tillitsmannsapparatet.¹⁶⁶

Uten å gå inn i alle mulige utvelgelseskriterier, minner jeg om at kombinasjonen lang ansiennitet og høy alder alltid skal tillegges vekt og dermed innebærer et styrket stillingsvern for eldre arbeidstakere.¹⁶⁷ Og arbeidsgiver kan måtte gjøre en ekstra innsats for å finne annet passende arbeide. Men etter en helhetsvurdering kan det også tenkes at en yngre arbeidstaker vil beholde jobben og at en eldre arbeidstaker blir oppsagt selv om denne har høy alder og lang ansiennitet. Se pkt. 2.6.5 om alder.

I forhold til kvalifikasjonskriteriet kan nevnes at man kan fravike, og har kanskje plikt til å gjøre dette, en streng rangering og utvelgelse etter dette kriteriet dersom dette kan

¹⁶⁵ NHOs kommentarer til hovedavtalens § 9-12

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182, se pkt. 2.3.3

¹⁶⁷ Fougner 2003 s. 264

komme en eldre arbeidstaker tilgode. Dette stemmer overens med forarbeidenes forutsetning om at man skal ta spesielt hensyn til eldre arbeidstakere.¹⁶⁸

Videre kan det nevnes at dersom man står ovenfor mange relevante momenter som skal med i vurderingen ved utvelgelsen, vil forskjellen mellom for eksempel ansiennitet legge føringer i forhold til hvor mye som kreves av andre kriterier for at hovedkriteriene fravikes.

Bedriftens økonomi kommer inn flere steder. Ikke bare i forhold til aml. § 15-7,2, men også i forhold til i hvilken grad utvelgelseskriteriene kan fravikes. Dersom en virksomhet har veldig vanskelig økonomi, kan dette føre til at adgangen til å fravike utvelgelse etter ansiennitetskriteriet blir videre en normalt. Dette fordi bedriftens muligheter til å gi opplæring blir begrenset, og man må følgelig sørge for å beholde kvalifiserte arbeidstakere.

Mange andre ulike eksempler kan tenkes her. Hovedsakelig er det nok momenter som for betydning både for vurderingene etter aml. § 15-7,2 og inn under utvelgelseskriteriene som vil bli gjenstand for mest dobbeltbehandling eller flest gjentakelser.

¹⁶⁸ Fanebust 2000 s. 174

Litteraturliste

Litteratur:

- Aagaard, Erik C. *Bedriftens personalhåndbok*. Erik C. Aagaard og Nina Melsom. 7. utg. Oslo, 2006
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4.utg. Oslo, 2000
- Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett*. 2.utg. Oslo, 2002
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3.utg. Oslo, 2005
- Omstilling og nedbemanning*. Jan Fougner... [et al.]. Oslo, 2003

Lover:

- Arbeidsmiljøloven*. Lov av 4. februar 1977 nr. 4
- Arbeidsmiljøloven*. Lov av 17. juni 2005 nr. 62
- Arbeidstvistloven*. Lov av 5. mai 1927 nr. 1
- Likestillingsloven*. Lov av 9. juni 1978 nr. 45
- Tjenestemannsloven*. Lov av 4. mars 1983 nr. 3

Forarbeider:

- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale
- Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Domsregister:

Norsk Retstidende

Rt. 1962 s. 6

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1967 s. 91

Rt. 1972 s. 1330

Rt. 1977 s. 902

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1985 s. 577

Rt. 1986 s. 879

Rt. 1989 s. 508

Rt. 1992 s. 776

Rt. 1995 s. 1

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1999 s. 1694

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 71

Rt. 2001 s. 418

Rettens Gang

RG 1989.1113 Frostating

RG 1992.1167 Drammen

L.nr. 11B/1967

Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter

LARD 1980.34

Norsk Arbeidsrettslig Domssamling

NAD 1981-83.300 Stavanger

NAD 1981-83.725 Nordre Sunnmøre

NAD 1984-85.312 Eidsivating

NAD 1987.429 Stavanger

NAD 1987.464 Stavanger

NAD 1987.867 Kristiansand

NAD 1987.988 Stavanger

Annet

Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009, med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer.

Rettsdata om arbeidsmiljøloven av 2005 § 15-7

